

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La distribución de riesgos en la concesión de servicios.
Crítica del riesgo operacional**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Rocío Sahún Pacheco

DIRECTORES

José María Baño León
Tomás Cano Campos

Madrid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA
CONCESIÓN DE SERVICIOS. CRÍTICA DEL
RIESGO OPERACIONAL.**

Rocío Sahún Pacheco

Directores

Prof. Dr. José María Baño León

Prof. Dr. Tomás Cano Campos

Madrid, 2019



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS
PRESENTADA PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR**

D./Dña. Rocio Sahún Pacheco

con número de DNI/NIE/Pasaporte 53766786 P, estudiante en el Programa
de Doctorado Problemas actuales de Derecho Administrativo,
de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de
Madrid, como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y
titulada:

"La distribución de riesgos en la concesión de servicios. Crítica del riesgo operacional"

y dirigida por: José María Baño León y Tomás Cano Campos

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita.

Del mismo modo, asumo frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Madrid, a 23 de abril de 2019

Fdo.:

Rocio Sahún

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en
la primera página de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
CUESTIONES PRELIMINARES.....	2
1. Objeto de la investigación	2
2. Objetivos y aportaciones de la investigación.....	2
3. Justificación del estudio	3
4. Estructura del trabajo.....	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. El riesgo desde la perspectiva económica.....	8
I. TEORÍA ECONÓMICA DEL RIESGO	8
1.1. Introducción	8
1.2. La distribución de riesgos	10
1.3. Teoría del Principal-Agente	13
1.3.1. Origen	14
1.3.2. El problema de la teoría de la agencia.....	15
1.3.3. El sistema de incentivos y compensaciones y su relación con la distribución de riesgos..	19
a) La condición del incentivo	20
b) La condición de la participación	24
1.3.4. Criterios de distribución de riesgos. Recapitulación y límites.	33
a) El dilema de la eficiencia y los incentivos. La prevalencia entre criterios.....	33
b) Las acciones multidimensionales del agente.....	40
c) La teoría de los contratos incompletos	42
d) El mantenimiento del servicio	44
1.3.5. Conclusión.....	46
II. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS SECTORES MÁS PROTOTÍPICOS	49
2.1. Los riesgos en el servicio sanitario	49
2.2. Los riesgos en el servicio educativo.....	52
2.3. Los riesgos en el servicio de recogida de basuras.....	53
2.4. Los riesgos en el servicio de abastecimiento de aguas	54
2.5. Los riesgos en el servicio de transporte	54
2.6. Los riesgos en los servicios deportivos o culturales	55
2.7. Los riesgos en los servicios no públicos: el servicio de cafetería en instalaciones públicas	55
CAPÍTULO II. Génesis del riesgo operacional.....	57
I. ANTECEDENTES DOCTRINALES: LOS PRINCIPIOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y DEL RIESGO Y VENTURA COMO IDEAS CLAVE.....	57
1.1. Introducción	57
1.2. El principio de equilibrio económico del contrato: la importancia de la idea de equivalencia.....	58
1.3. El principio de riesgo y ventura: la importancia de la fidelidad a lo pactado	62
1.3.1. Ámbito de actuación del principio de riesgo y ventura. La incidencia de la doctrina de la fuerza mayor en el contrato administrativo.	62
1.3.2. Origen y consolidación del principio	68
a) Antecedentes del principio en el derecho romano: la <i>aequitas</i>	68
b) Derecho de las Partidas: equivalencia material de las prestaciones.....	69
c) La positivación del principio en la Nueva Recopilación: la seguridad de los ingresos fiscales	70
d) El desarrollo del principio en el contrato de obras: de excepción a principio rector	71
e) El Estado Liberal: expansión del riesgo y ventura en virtud de la libertad de pactos	73
f) El Estado Social: mitigación del riesgo y ventura en favor de la garantía de los servicios públicos.....	73
g) La lucha ministerial por la competencia legislativa en materia de contratación.....	74
1.3.3. Alcance del principio.....	76

a) El principio de riesgo y ventura según la doctrina	78
b) El principio de riesgo y ventura según la jurisprudencia	82
1.3.4. Quiebras del principio de riesgo y ventura	86
a) Supuestos de fuerza mayor	88
b) La revisión de precios.....	89
c) El principio del riesgo imprevisible.....	94
d) El principio del equivalente económico: <i>factum principis</i> y <i>ius variandi</i>	106
II. LA DIRECTIVA 23/2014: EL RIESGO OPERACIONAL COMO ELEMENTO	
CLAVE DE LA CONCESIÓN.....	112
2.1. Precedentes de la directiva	112
2.2. Justificación de la Directiva: La necesidad de armonizar para evitar la huida a las concesiones.	115
III. EL CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL: QUÉ ES Y QUÉ RIESGOS	
COMPRENDE.....	120
3.1. Precedentes del riesgo operacional: El riesgo de explotación.	120
3.1.1. Doctrina de la Unión Europea	121
3.1.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	123
3.1.3. Doctrina administrativa española	132
3.2. Principales características del riesgo operacional	138
3.2.1. Es un riesgo de tipo económico	138
3.2.2. No debe garantizar la recuperación de los costes e inversiones	139
3.2.3. Debe derivarse de factores que escapan al control de las partes	140
3.2.4. Debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado	140
3.2.5. Debe estar ligado al sistema de retribución del concesionario	141
3.2.6. El riesgo puede ser limitado	142
3.2.7. Límites del riesgo limitado	144
3.2.8. Indiferencia del origen de la remuneración	148
3.2.9. A modo de recopilación: Definición del concepto de riesgo operacional.....	149
3.3. Riesgos que lo conforman	150
3.3.1. Riesgo de demanda	151
3.3.2. Riesgo de suministro ¿o de oferta? Exclusión del riesgo de disponibilidad.	154
3.4. Origen del concepto en la contabilidad Eurostat. La normativa SEC 2010.	170
3.5. Novedades del riesgo operacional con respecto al riesgo de explotación	179
CAPÍTULO III. El riesgo operacional en la nueva LCSP	184
I. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES AL DERECHO	
ESPAÑOL	184
1.1. La innecesariedad de modificar la tipología tradicional de contratos.....	184
1.2. El extenso régimen de exclusiones de la Directiva frente a la moderación de nuestra LCSP.	190
II. LOS EFECTOS DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA NUEVA LCSP:	
CONFUSIÓN DE CATEGORÍAS Y CAMBIOS EN LA TIPOLOGÍA DE	
CONTRATOS.....	191
2.1. La desaparición del contrato de gestión de servicio público.....	191
2.2. De la concesión de ‘servicios públicos’ a la concesión de ‘servicios’	194
2.2.1. El objeto de la concesión en el TRLCSP y en la nueva LCSP.	195
2.2.2. Aproximación de los conceptos de concesión de servicios y concesión demanial	213
2.3. Las otras concesiones: el nuevo contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos	223
2.4. La prestación de servicios sociales por la vía extracontractual.....	233
III. LA RELACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL CON LAS INSTITUCIONES	
CLÁSICAS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS	236
3.1. Riesgo operacional y riesgo y ventura de la concesión.....	236
3.2. Riesgo operacional y equilibrio económico-financiero del contrato	245
3.2.1. Compatibilidad de ambos conceptos	245
3.2.2. Novedades de la nueva LCSP con respecto al reequilibrio: las previsiones de demanda, el riesgo regulatorio y la cláusula de progreso.	263
3.2.3. En particular, el reequilibrio económico derivado de los modificados (<i>ius variandi</i>). El nuevo régimen de los modificados.	269

3.2.4. La duración del contrato de concesión	280
a) La incidencia de la ampliación del plazo sobre el riesgo operacional.....	280
b) El sistema Least Present Value of the Revenues.....	286
3.3. Riesgo operacional y la mal llamada Responsabilidad Patrimonial de la Administración.....	288
3.4. El control de la transferencia del riesgo operacional: La Oficina Nacional de Evaluación.....	303
CAPÍTULO IV. Crítica del riesgo operacional como elemento delimitador de la concesión	309
I. INTRODUCCIÓN	309
II. RAZONES POR LAS QUE EL RIESGO OPERACIONAL NO DEBE CONFIGURARSE COMO CRITERIO DIFERENCIADOR	310
2.1 Posible incompatibilidad con la teoría económica: ¿riesgo controlable o incontrolable por el concesionario?.....	310
2.2. El <i>quantum</i> del riesgo operacional.....	314
2.3. Introducción de un concepto de naturaleza contable	317
2.4. El riesgo operacional no es el único criterio delimitador de la concesión	322
2.5. No promueve una conducta más responsable del sector privado al contratar.....	325
2.6. Incompatibilidad con la prestación de servicios públicos esenciales.....	327
III. CAUSAS	334
IV. CONSECUENCIAS	338
CONCLUSIONES	344
BIBLIOGRAFÍA	352
RESUMEN	376
ABSTRACT	378

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995
LCSP 2007	Ley de Contratos del Sector Público de 2007
LCSP 2017	Ley de Contratos del Sector Público de 2017
LRBRL	Ley Reguladora de Bases del Régimen Local
ONE	Oficina Nacional de Evaluación
PPP	Public Private Partnerships
RAP	Revista de la Administración Pública
REALA	Revista Española de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RPA	Responsabilidad Patrimonial de la Administración
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SEC	Sistema Europeo de Cuentas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACP Madrid	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TAP	Teoría del Agente-Principal o Teoría de la Agencia
TARC Andalucía	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCAP 2000	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000
TRLCS 2011	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011
TS	Tribunal Supremo

CUESTIONES PRELIMINARES

1. Objeto de la investigación

El objeto de la tesis es el estudio de la cuestión del riesgo en las concesiones de servicios. Lo que se pretende es realizar una aproximación integral al problema de la distribución del riesgo en este tipo de contratos que permita al lector conocer el asunto desde todas sus aristas –la económica, la jurídica y la práctica – de forma que pueda obtener, tras su lectura, una visión global y completa de dicha materia.

El trabajo se circunscribe al estudio del contrato de concesión de servicios, exclusivamente. Excluyendo, por tanto, el análisis del riesgo en las concesiones de obras, si bien, como se comprobará, se realizarán ciertas alusiones a dicho contrato en lo que pueda resultar de utilidad pues, como es lógico, son muchas las coincidencias al compartir ambos contratos la misma naturaleza.

2. Objetivos y aportaciones de la investigación

Concretamente, los objetivos de la tesis pueden sintetizarse en los siguientes:

- a) Analizar el riesgo desde la perspectiva económica con el estudio de las teorías que permitan conocer cómo ha de distribuirse el riesgo para fomentar la eficiencia en contratos de colaboración público-privada como las concesiones.
- b) Una vez conocido lo anterior, analizar, superficial y concretamente, cómo habrían de distribuirse los riesgos según las características de los servicios más prototípicos.
- c) Analizar cómo se ha tratado tradicionalmente en nuestro derecho el problema de la ruptura de la equivalencia del contrato (es decir, de la distribución de los *aleas* del contrato). Ello implicará estudiar en profundidad el principio del riesgo y ventura de todos los contratos administrativos y el riesgo y ventura específico que siempre se ha atribuido a la figura concesional.
- d) Llegar a conocer el alcance de la actual concesión de servicios a partir de la delimitación del concepto de riesgo operacional. Para ello, se buscará saber en qué consiste exactamente el riesgo operacional y se analizarán con detalle los riesgos

de demanda y de suministro que lo conforman tratando de aclarar su significado ante la confusión que genera la escuetísima definición que hace de los mismos el legislador comunitario.

e) Determinar los cambios normativos que ha propiciado la incorporación del riesgo operacional en nuestra tipología de contratos y comprobar la compatibilidad de dicho concepto con las figuras o instituciones clásicas de nuestro ordenamiento.

f) Por último, criticar la elección del legislador comunitario de encumbrar el riesgo operacional como elemento definidor de la concesión y exponer sus consecuencias negativas.

3. Justificación del estudio

El presente trabajo parte de una intuición compartida con mi director, el profesor José María Baño León, surgida tras la aprobación de las Directivas de 2014 y según la cual se nos antojaba ‘imposible’ o muy ‘difícil’ la pervivencia de la concesión de servicios públicos, tal y como la entendíamos entonces, en caso de tener que transferir el riesgo operacional del que hablaban las Directivas. ¿Cómo iban a prestarse servicios públicos mediante dicho contrato si debía transferirse al concesionario una asunción de riesgos tal que no permitiera garantizar la recuperación de la inversión? ¿Cómo se iba a garantizar la viabilidad y continuidad de esos servicios públicos? ¿Qué inversores estarían dispuestos a asumir tal riesgo? Tras conocer el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se puso en marcha para la transposición de la misma pudimos comprobar que nuestro legislador, en efecto, pretendía reproducir el sistema delimitador de las Directivas mediante la incorporación a nuestro ordenamiento del concepto de riesgo operacional para diferenciar las concesiones del resto de contratos. Surgió entonces la justificación a la realización de este trabajo: realizar una crítica a la elección del riesgo como elemento delimitador de los contratos de concesión que consideramos se hizo despreciando el resto de características que siempre la han definido y en detrimento de la eficiencia del contrato.

Ello, unido a la enorme confusión existente en aquel momento en el ámbito europeo en torno a la figura concesional generada, principalmente, por la ausencia de una

armonización en dicha materia y por la dispar interpretación de los diferentes Estados Miembros del concepto de concesión, motivó la realización de la presente tesis doctoral.

4. Estructura del trabajo

El cuerpo del trabajo se divide en cuatro capítulos:

El **Capítulo I** bajo el título “**El riesgo desde la perspectiva económica**” recoge lo que la literatura económica aconseja hacer respecto al riesgo en este tipo de relaciones contractuales proponiendo unos criterios de distribución de riesgos determinados cuya aplicación también se expone, de manera sencilla y superficial, para los servicios más prototípicos (sanitario, educativo, recogida de basuras...)

El **Capítulo II** bajo el título “**Génesis del riesgo operacional**” busca conocer el origen del nacimiento de dicho concepto, analizando primero cómo se ha tratado tradicionalmente en nuestro derecho la problemática de la distribución de riesgos en el contrato administrativo mediante la confrontación de las dos ideas principales sobre las que se asienta el derecho de contratos: la equivalencia de las prestaciones de las partes y la fidelidad a lo pactado. Para ello, se analiza la evolución del principio de riesgo y ventura desde su origen histórico más remoto hasta su contenido en el momento actual con el imprescindible estudio de sus quiebras o excepciones (fuerza mayor, revisión de precios, *factum principis*, *ius variandi*, doctrina del riesgo imprevisible).

A partir de dicho análisis se buscará conocer los antecedentes del riesgo operacional en el “riesgo de explotación” utilizado por la doctrina comunitaria, así como el fundamento de las Directivas que lo crearon y su relación con conceptos similares en otras normas europeas como el riesgo de la normativa contable SEC 2010 (Reglamento UE/549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea). El objeto central de este capítulo es conocer qué es, qué características tiene y qué riesgos comprende el riesgo operacional. Para esta última cuestión, se dedica una parte importante a analizar tanto el contenido del riesgo de demanda como el del riesgo de suministro u oferta, y las diferencias de éste último con el riesgo de disponibilidad.

El **Capítulo III** bajo el título “**El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público**” se centra en señalar, en el primer apartado, los cambios propiciados por la novedad del riesgo operacional en la tipología de contratos; y, en el segundo, la relación que guarda el riesgo operacional con las figuras tradicionales con las que ahora convive: principio de equilibrio económico-financiero, riesgo y ventura, régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración...

El **Capítulo IV** bajo el título “**Crítica del riesgo operacional como elemento delimitador de la concesión**” expone las razones por las que, en nuestra opinión, el riesgo operacional no debe configurarse como elemento definidor de las concesiones, así como las consecuencias negativas que puede tener y las causas que han podido llevar al legislador a realizar dicha elección.

INTRODUCCIÓN

El último paquete de directivas en materia de contratación pública de 2014 trajo consigo la armonización del contrato de concesión por primera vez en el Derecho comunitario con la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Si bien la concesión de obras ya se encontraba regulada por la directiva 18/2004/CE ésta es la primera ocasión en que se trata el negocio concesional en su conjunto, tanto para concesiones de obras como de servicios, y de forma independiente en una Directiva diferente a aquella en la que se regulan el resto de contratos públicos. La principal novedad de la Directiva la constituye la especial caracterización que se hace del contrato de concesión mediante la transferencia obligatoria del ‘riesgo operacional’.

Así pues, con la transposición de la Directiva a nuestro derecho mediante la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, se incorpora a nuestro ordenamiento un concepto relativamente nuevo como es el ‘riesgo operacional’ que ha producido una reformulación significativa de nuestra tradicional tipología de contratos con la desaparición de algunas figuras clásicas como el contrato de gestión de servicios públicos y la aparición de algunas novedades como el contrato de servicios dirigido a los ciudadanos. La inexorable vinculación de la concesión a un aspecto como el riesgo del negocio, que se convierte ahora en criterio diferenciador entre las concesiones y el resto de contratos, entronca la cuestión con intereses contables que complican su análisis. La nueva configuración puede tener implicaciones de diversa relevancia en cuanto a eficiencia se refiere ya que la transmisión del riesgo operacional tiene una indudable repercusión en la economía del contrato que condiciona el comportamiento del inversor, y por ende, también el de la Administración, la cual, no debe olvidarse, está sujeta a unas importantes limitaciones de deuda y déficit impuestas por la Unión Europea.

En este contexto, la presente tesis doctoral busca comprender el sentido actual de la concesión de servicios en el ámbito europeo para valorar si sigue coincidiendo con el concepto clásico de concesión que nuestra doctrina, jurisprudencia y normativa han mantenido a lo largo de los años o si, por el contrario, puede afirmarse que el concepto ha cambiado, así como si tiene sentido transferir dicho riesgo desde el punto de vista de la eficiencia del contrato.

Cómo funciona el riesgo económicamente en la colaboraciones público-privadas, cuál es el contenido del riesgo operacional, qué relación guarda con el tradicional riesgo atribuido a las concesiones, qué cambios normativos ha propiciado y qué consecuencias puede tener son las cuestiones que se trataran de abordar en el presente trabajo.

CAPÍTULO I

El riesgo desde la perspectiva económica

I. TEORÍA ECONÓMICA DEL RIESGO

1.1. Introducción

Resulta imposible abordar la teoría del riesgo únicamente partiendo de la noción que se tiene de este concepto en las diferentes leyes de contratos que se han ido sucediendo a lo largo de los años, esto es, simplemente desde una perspectiva jurídica. Es necesario comprender, en primer lugar, el sentido económico del riesgo en el ámbito de los contratos para conocer su funcionamiento intrínseco y de ahí valorar su aplicación en el campo de lo legalmente exigible y de la práctica jurídica.

Tratar dicha cuestión sin el estudio de todas sus aristas nos llevaría a conclusiones incompletas que no reflejarían la realidad a la que el Derecho pretende aproximarse. En este caso, resulta esencial abordar el problema de la distribución del riesgo en las relaciones público-privadas en la búsqueda del contrato óptimo y eficiente atendiendo a lo que la literatura económica sabe con respecto al riesgo. No hacerlo supondría privar a este trabajo de la intención práctica que busca, pues resultaría cuando menos paradójico aspirar a valorar el encumbramiento de riesgo operacional como elemento clave de las concesiones sin conocer las consecuencias de dicho fenómeno en la práctica real. Es éste, precisamente, el trasfondo de esta investigación, pues toda ella parte de la intuición principal de que la normativa europea que ha dado lugar a nuestra nueva norma de contratos se sustenta en aspectos contables que ignoran los elementos económicos que envuelven tan polifacética cuestión como es el riesgo. Hacer depender nuestros contratos públicos de concepciones del riesgo construidas únicamente desde la dogmática jurídica puede tener consecuencias más negativas de las que se pretenden evitar. Debe comprenderse que los contratos de concesión, como fórmula de colaboración público-privada, no pueden configurarse de espaldas a la doctrina económica rechazando sus principales postulados y desoyendo sus advertencias por la sencilla razón de que el Derecho no puede elaborarse para crear más problemas de los ya existentes.

Son varias las teorías económicas que afectan al riesgo de un contrato de un modo u otro, en este trabajo nos centraremos en la que en los últimos años ha adquirido una mayor incidencia e importancia, con el estudio de autores recientemente galardonados con el Premio Nobel de Economía como son los profesores Oliver Hart y Bengt Holmström¹, o Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole², entre otros.

El objetivo principal que se busca con este estudio es el de encontrar los criterios de distribución de riesgos entre las partes más adecuados para favorecer la eficiencia, la cual no debe olvidarse, trata de conseguir la mejor calidad al menor coste. Hablamos, pues, de criterios que promuevan el precio más bajo pero sin olvidar que, para la Administración, siempre resultará esencial que, además de garantizar un uso racional de los recursos, el sistema concesional prevea en su estructura la consecución de un nivel de prestación que alcance parámetros de calidad adecuados. Ello es importante pues la calidad del servicio debe constituir la principal obsesión de la Administración.

Como se verá más adelante, los servicios públicos han de prestarse obligatoriamente con independencia de si el coste es mayor o menor, lo cual no implica, obviamente, que no se busque el menor de los posibles, esto es, la solución más eficiente: la consecución de los mismos objetivos al menor coste posible, o de mayores objetivos con los mismos costes. Pero, en cualquier caso, la Administración no podrá renunciar a prestar dichos servicios pues ello contravendría el principio de irrenunciabilidad de la competencia³. La clave, que constituye todo un reto, será, por tanto, encontrar el sistema de distribución de riesgos más adecuado en la concesión para lograr unos servicios de calidad al menor coste para las arcas públicas. La solución no puede pasar por fórmulas que promuevan una contratación ineficiente con el resultado de servicios de buena calidad pero con un coste innecesariamente alto; ni servicios con un coste para la Administración envidiable pero que no cumplen con las garantías de calidad necesarias; ni por último, la que sería la peor

¹ Oliver Hart y Bengt Holmström, Premio Nobel de Economía 2016 por sus aportaciones a la “Teoría de los Contratos”.

² Jean Tirole, Premio Nobel de Economía 2014 por sus aportaciones al análisis del poder del mercado y la regulación, escribió en colaboración con Jean-Jacques Laffont “*A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*”, de gran importancia en el diseño de contratos eficientes en el ámbito de la contratación pública.

³ Art. 8 Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

de todas las opciones, unos servicios de mala calidad y con un coste para los ciudadanos (pagadores de impuestos) desorbitado.

Con el estudio de los distintos aspectos que puedan incidir en el problema de la distribución del riesgo lo que se pretende es conocer las ideas económicas básicas que se encuentran detrás de la doctrina del riesgo, para poder valorar si nuestra normativa de contratos actual tiene alguna justificación o si, por el contrario, se fundamenta exclusivamente en una necesidad presupuestaria de los Estados provocada por un contexto económico complicado que ha llevado a un control del gasto y del déficit apresurado. No se busca, por tanto, lograr un examen profundo de los aspectos económicos de las relaciones público-privadas, pues ello no solo alargaría excesivamente el presente trabajo sino que, además, excedería los conocimientos y aspiraciones de su autora. Se trata, sin mayores pretensiones, de conocer la cara B del riesgo, y huir de la realización de un análisis del problema desde el punto de vista exclusivamente jurídico.

1.2. La distribución de riesgos

Si en algo coincide la doctrina económica es en la necesidad de hacer una buena distribución de los riesgos de un contrato entre las partes. Como dice Ruiz Ojeda, citando a Chapman y a Ward, *“todo negocio asociativo, incluido el concesional, ha de responder, en relación con la ejecución del proyecto común, a las preguntas de **cuáles son los riesgos** –es decir, las incertidumbres relevantes desde la perspectiva de la ejecución correcta – (identificación de riesgos), de **quién** –cual de las partes – ha de asumir cada uno de los riesgos identificados (asignación de riesgos), con base en **qué motivos** (normalmente la peculiar habilidad o interés que cada parte aporta al proyecto), mediante **qué técnicas, recursos, actividades o instrumentos de control** y, por último, **durante cuánto tiempo**”*⁴.

El art. 285.1 c) de la LCSP 2017 hace referencia a esta cuestión al establecer como parte del contenido mínimo de los pliegos la regulación de *“la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del*

⁴ RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, 2006, p. 265. (El resaltado en negrita es nuestro en sustitución de la cursiva utilizada por el autor); CHAPMAN, C y WARD, S., *Project Risk Management. Processes, Techniques and Insights*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1997, p. 4.

servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista”. Deberá establecerse, por tanto, no solo la transferencia al concesionario de todo o una parte del *riesgo de demanda* o *de suministro* (o de ambos) en que consiste el riesgo operacional, sino también el resto de riesgos que conforman el abanico de contingencias a las que se puede enfrentar cada contrato en concreto. Contingencias que potencialmente puedan poner la duración, coste o calidad del contrato igualmente en peligro a pesar de no formar parte del concepto de riesgo operacional.

Así pues, con relación al riesgo operacional debe saberse que no existe consenso sobre el verdadero significado de los riesgos que lo integran. Su estudio pormenorizado se abordará detenidamente en el apartado correspondiente pero adelantaremos lo que, a nuestro juicio, debe entenderse por riesgo de demanda y riesgo de suministro: será *riesgo de demanda* aquella contingencia relativa a la variabilidad de la frecuentación o uso de una determinada obra o servicio que pueda hacer que los ingresos sean insuficientes para cubrir los costes; y *riesgo de suministro*, la posibilidad de que los servicios ofrecidos por la concesionaria no se ajusten a la demanda existente en ese momento y, por lo tanto, queden usuarios sin ser atendidos.

Por su parte, el llamado *riesgo de disponibilidad* que, en nuestra opinión como también se explicará más adelante, no forma parte del riesgo operacional pero comparte ciertos elementos con el riesgo de suministro, es aquel que se refiere a las posibles pérdidas en la remuneración que puede llevar aparejada una prestación que no cumpla con las condiciones y estándares de calidad especificados en el contrato.

Al margen de estos, cabe preguntarse cuáles son el resto de riesgos a los que se puede enfrentar un contrato. Si bien no es nuestro objetivo profundizar en este trabajo sobre todos los tipos de riesgos sino solamente sobre el operacional, sí parece oportuno al menos dejar apuntados, sin ánimo de exhaustividad, algunos de los riesgos más comunes a los que conviene que el contrato también preste atención, pues la novedad del riesgo operacional y su carácter esencial atribuido a la concesión no debe restar importancia al resto de riesgos si queremos diseñar contratos verdaderamente eficientes.

- *Riesgo regulatorio* (o también llamado político o legislativo): hace referencia a todas aquellas acciones de gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente.

- *Riesgo financiero*: incertidumbres que surgen de la volatilidad de los mercados financieros y de crédito, como por ejemplo el riesgo de liquidez, riesgo de crédito, riesgo de cambio o riesgo de tipo de interés.
- *Riesgos técnicos*: los relativos a que la prestación se produzca en las condiciones y con las características previstas en el contrato, entre ellos destaca el riesgo de disponibilidad y el riesgo de construcción en el caso de concesiones de obras.
- *Riesgo de responsabilidad por perjuicios causados a terceros* mediante la prestación del servicio.
- *Riesgo de insolvencia* o impago de los deudores de los precios del servicio.
- *Riesgo de obsolescencia tecnológica*: la posibilidad de que la tecnología utilizada quede anticuada o se vuelva inservible. En la medida en que su materialización puede incidir en la demanda que se haga del servicio suele incluirse en el riesgo típico de demanda como factor causante de un descenso de la misma.

La evaluación e imputación de estos riesgos y de cualesquiera otros que pudieran existir en cada concesión no solo interesa desde el punto de vista de la eficiencia del contrato sino que también sirve de referencia para conocer cuál es el equilibrio inicial del que parte el contrato y al que habrá que acudir cuando proceda evaluar si es necesario reequilibrar el mismo o no tras una modificación, o tras un hecho constitutivo de *factum principis* o de fuerza mayor.

La explicación de cómo deben distribuirse los riesgos de un contrato según la literatura económica constituirá el objeto del apartado siguiente. No obstante, resulta conveniente adelantar una de sus principales máximas: siempre que un riesgo pueda ser identificado en la fase preparatoria del contrato, es conveniente que quede asignado en dicho momento a la parte más capacitada para controlar dicho riesgo.

Dicho lo cual, cualquier distribución de riesgos deberá partir de un análisis exhaustivo e individualizado de las incertidumbres propias de cada contrato, si no se hace, la asignación que se realice será un simple juego de azar⁵.

1.3. Teoría del Principal-Agente

La teoría del Principal-Agente o también llamada teoría de la agencia (PAT, de sus siglas en inglés; TAP de sus siglas en español) es el estudio económico de desarrollo empresarial que se encarga de diseñar los mecanismos necesarios para resolver o minimizar los problemas que surgen en un tipo de relaciones muy concreto como es la relación Principal-Agente, así como de analizar sus consecuencias.

La teoría trata de dar soluciones a las contrariedades que surgen en un contexto de interacción económica entre dos partes. Por un lado, el Principal, que encarga una prestación determinada a un sujeto al que se denomina Agente que se encarga de realizarla en nombre y por cuenta del primero pero con la asunción de parte de la autoridad del Principal quien le delega su capacidad de decisión para que pueda desarrollar la prestación encomendada. Las relaciones de agencia pueden ser múltiples, siendo las relaciones entre empleador y personal, entre proveedor y consumidor, o entre Administración y concesionario todas ellas diferentes manifestaciones de un mismo tipo de relación⁶.

El origen de estos problemas inherentes a la relación radica, fundamentalmente, en la divergencia de intereses que existe entre las partes. Cada una de ellas tratará de obtener su propia función de utilidad, lo cual genera una discordancia en los objetivos que persiguen y una disfuncionalidad de la relación contractual. Teniendo en cuenta que ningún sujeto se embarca en una relación contractual si no resulta previsible la consecución de algún tipo de beneficio, la cuestión se centra, pues, en diseñar un tipo de contrato que prevea, para que tenga sentido, algún mecanismo que haga que desde el

⁵ “Both private and public sectors need to have a better understanding of these risks in order to achieve an equitable risk allocation and enable the Project to generate better outcomes. In fact, a fair and reasonable allocation of various risks is vital to PPP success. If risks are inequitably or wrongly allocated beyond the capacity of the parties concerned, PPP projects would fail”. (El subrayado es nuestro) BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private Partnerships”, *European Procurement & Public-Private Partnerships Law Review*, vol. 7, issue 1, 2012, p. 47.

⁶ Cfr. SHAVELL, S., “Risk sharing and incentives in the Principal and Agent Relationship”, *The Bell Journal of Economics*, Rand Corporation, Vol. 10, núm. 1, 1979, p. 55.

punto de vista productivo y económico sea posible obtener lo que en la terminología económica se conoce como óptimo de Pareto⁷, y que no es más que ese punto de máxima prosperidad común en el que ninguna de las partes puede mejorar su situación sin empeorar la utilidad de la otra. De lo contrario, la relación carecería de todo sentido.

1.3.1. Origen

Si bien su origen más remoto lo encontramos en 1776 con Adam Smith⁸ quien ya advertía del dilema que suponía este tipo de relaciones, no es hasta el año 1973 de la mano de Stephen A. Ross⁹ y Barry M. Mitnick¹⁰ cuando se desarrolla una auténtica teoría en torno a la cuestión con la aportación de propuestas mitigadoras del problema. Ambos desarrollaron de manera independiente dos teorías de la agencia eminentemente concurrentes pero con alcances diferentes. Mientras Ross focalizaba la teoría en el problema de los incentivos como mecanismo mediante el cual alinear la actuación del Agente con los intereses del Principal, Mitnick aportaba una visión más general del asunto, comprendiendo el problema desde una perspectiva institucional y facilitando un marco básico de actuación ante los mencionados problemas con una aplicación social mucho más amplia y sobre el cual pudieran desarrollarse ulteriores estudios. Eso fue lo que precisamente hicieron, como otros muchos, los frecuentemente citados profesores Michael C. Jensen y William H. Meckling¹¹ tres años después, en un trabajo conjunto en el que vincularon la ya desarrollada teoría de la Agencia a la teoría de la empresa con un estudio de los costes que para las partes implicaría mantener efectiva la relación de

⁷ El concepto fue desarrollado por Vilfredo Pareto en su libro “Manuale di economia politica” publicado en 1906, para designar ese punto en el que ninguna de las partes puede mejorar su situación sin perjudicar la del contrario. Mientras no se alcance esa situación en la que para aumentar la ganancia de uno, el otro deba perder, se podrá afirmar que la relación negocial entre ambas no es la más eficiente.

“The family of Pareto-efficient fee schedules can be characterized by assuming that the principal and the agent cooperate to choose a schedule that maximizes a weighted sum of utilities...” ROSS, S.A., “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *The American Economic Review*, Papers and proceedings of the eight-fifth annual meeting of the American Economic Association, vol. 63, núm. 2, 1973, p. 135.

⁸ SMITH, A., *The wealth of nations*, 1776.

⁹ ROSS, S.A., “The Economic Theory of Agency...”, *op. cit.*, pp. 134-139.

¹⁰ MITNICK, B.M., “Fiduciary Rationality and Public Policy: The Theory of Agency and Some Consequences”, Annual meeting of the American Political Science Association, 1973, Nueva Orleans. El primer trabajo de Mitnick sobre la teoría de la agencia fue presentado por primera vez al público en la conferencia que realizó para la mencionada asociación. No fue hasta 1975 cuando fue publicada en soporte físico bajo el nombre: “The theory of agency: The policing ‘paradox’ and regulatory behaviour”, *Public Choice Journal*, vol. 24, núm. 1, 1975, pp. 27-42.

¹¹ JENSEN, M.C. & MECKLING, W.H., “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, 1976, pp. 305-360.

agencia en el contexto de la empresa. En cualquier caso, como bien indicara el propio Mitnick, ambas teorías pueden considerarse complementarias pues se basan en conceptos similares aunque con presunciones diferentes¹².

1.3.2. El problema de la teoría de la agencia

Los problemas inherentes a la relación Principal-Agente son problemas que derivan de la compleja tarea que supone encomendar a un sujeto diferente labores que no pueden ser desempeñadas por el sujeto encomendante. Es evidente que tal decisión únicamente puede justificarse en los beneficios que dicha prestación puede aportar al principal cuando es realizada por un sujeto experto pues, de otro modo, no sería lógico aceptar o asumir la entrada en juego de un sujeto nuevo, con la consiguiente pérdida de control que ello supone. Esto es lo que se conoce de manera general como ‘pérdida de la agencia’, e implica básicamente una desviación en los objetivos del Principal al haber cedido su autoridad de decisión al Agente cuya gestión, al tener diferentes intereses, nunca podrá equipararse a la que el Principal habría llevado a cabo¹³. La teoría tratará precisamente de minimizar esa pérdida en la medida de lo posible. Veamos detenidamente cuáles son esos problemas.

La relación Principal-Agente se lleva a cabo en condiciones de **información asimétrica**, esto significa que ambas partes no poseen el mismo nivel de información siendo naturalmente superior el nivel del Agente que conoce a la perfección el negocio o profesión del que se considera experto. Como ya indicáramos, esta es la razón por la que el Principal decide iniciar una relación de este tipo: la falta de conocimientos o de medios en un determinado campo le obligan a recurrir a un profesional del que depende. El conflicto derivado de tal desigualdad surge en dos fases de la relación. Una previa al desarrollo de la prestación, esto es, en el proceso de contratación, conocido como **problema de la selección adversa** o de la información oculta, en el que el Principal corre el riesgo de dejarse influir por la opinión del experto-agente y acabe pactando unos servicios y condiciones que sean adversos a sus objetivos. El segundo problema

¹² MITNICK, B.M., *Origin of the Theory of Agency: An Account by One of the Theory's Originators*, 2006, p.1. Disponible en: <http://www.pitt.edu/~mitnick/agencytheory/agencytheoryoriginrev11806r.htm> (Consultado el 7 de marzo de 2017).

¹³ GORBANEFF, Y., “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”, *Revista Universidad AEFIT*, núm. 129, enero-febrero-marzo 2003, p. 76.

relacionado con esta asimetría en la información es el denominado **problema del riesgo moral**¹⁴ o de la acción oculta y tiene lugar en el transcurso de la realización de la prestación contratada. Como consecuencia de este riesgo, el Principal encuentra serias dificultades para valorar la prestación desempeñada por el Agente con respecto al esfuerzo realizado¹⁵. Existen determinados parámetros medibles por el Principal de manera objetiva, pero estos únicamente aportarán datos acerca de la calidad del resultado. En el contexto en el que nos encontramos el esfuerzo del agente es inobservable por lo que a la hora de remunerar el Principal deberá hacerlo desconociendo si la implicación y el esfuerzo del Agente han sido los máximos o está éste, por el contrario, aprovechándose de que el resultado de su acción depende de múltiples factores, muchos de ellos externos y, por lo tanto, no directamente atribuibles a su gestión¹⁶. La cuestión es que al Principal le resulta muy costoso el control o monitoreo de la prestación, por lo que siempre existirá un cierto margen de libertad para el Agente quien, conocedor de dicha ventaja, puede actuar de manera oportunista para ocultar su deficiente prestación sin que se vea afectado retributivamente, lo que desembocaría en una remuneración falseada o injusta.

Así mismo, en la relación Principal-Agente observamos una **divergencia de intereses** entre las partes, que da lugar al problema de que una decisión óptima para el Agente en ejercicio de sus funciones, pueda no serlo para el Principal que le contrata y, viceversa, pues las exigencias del Principal pueden resultar económicamente contraproducentes para

¹⁴ La denominación de este riesgo proviene de la traducción que se hace del término en inglés ‘*moral hazard*’ con el que se pretende hacer referencia a esa falta de moral que podría apreciarse en el sujeto Agente si aprovechara la ventaja que posee, según la cual su prestación no permite apreciar el esfuerzo realizado, para alejarse de sus obligaciones contractuales.

¹⁵ Si bien el problema del que se parte, como bien apuntan Hart y Grossman, es la imposibilidad por parte del Principal de controlar las acciones del agente, estos mismos autores advierten del carácter ciertamente radical de tal presunción, pues puede existir (y de hecho es bastante habitual) un espacio de control imperfecto en el que el Principal obtenga información pero de modo incompleto y costoso. HART, O.D. & GROSSMAN, S.J., “An analysis of the Principal-Agent Problem”, *Econométrica*, The Econometric Society, vol. 51, núm. 1, 1983, p.10.

¹⁶ Existen situaciones en las que el principal posee información sobre el esfuerzo realizado por el agente, en cuyo caso autores como Shavell aconsejan sistemas retributivos algo diferentes, basados no únicamente en el resultado sino también en el esfuerzo empleado. Evidentemente, la intensidad de dicha dependencia de pago variará en función de la calidad de esa información: “*El principal podrá tener o no información acerca del esfuerzo empleado por el agente*”, “[...]no importa cuán imprecisa sea la información [del esfuerzo], ésta tiene valor y debe ser incorporada en los términos del contrato” (Traducción propia) SHAVELL, S., “Risk sharing and ...”, *op.cit.*, p.57, 64-66. No obstante, nuestro supuesto de hecho parte de la imposibilidad de acceder a tal información o de la dificultad de dicho acceso que se convierte en especialmente costoso, por lo que nos encontramos ante un Principal (Administración) que únicamente puede basar su sistema de pago en los resultados obtenidos por el agente. Ésta es la solución más común como reconoce Holmström: “*Generally, however, full observation of actions is either impossible or prohibitively costly*”. HOLMSTRÖM, B., “Moral Hazard and Observability”, *The Bell Journal of Economics*, The Rand Corporation, vol. 10, núm. 1, 1979, p. 74.

el Agente. Este conflicto se debe a lo que la literatura económica entiende como un comportamiento racional de los sujetos, que describe aquellas conductas económicas que se basan en la maximización de sus funciones de utilidad mediante una selección basada en estimaciones de valor y coste¹⁷. Esa contraposición de intereses y, por tanto, de actuaciones da lugar a un choque de objetivos que puede arruinar la relación.

Como puede observarse, tanto la *asimetría en la información* como la *divergencia de intereses* son condiciones que caracterizan la relación de agencia, que la definen y que combinadas dan lugar al conflicto. Si la relación entre Principal-Agente adoleciera de asimetría informativa pero no de divergencia de intereses, al Agente no le serviría de nada dicha superioridad en la información porque estaría interesado en perseguir los mismos objetivos que el Principal. Si, por el contrario, estuviéramos hablando de un contrato en condiciones de igualdad en la información pero con intereses diferentes, el Agente estaría interesado en conseguir sus objetivos individuales pero no gozaría de ninguna ventaja que le facilitara tal comportamiento. Es por tanto, la combinación de ambas circunstancias la que da lugar al gran problema de la agencia: el Agente, al tener un interés diferente al del Principal y gozar de la ventaja que le aporta ser poseedor de una mayor información, se aprovecha de la misma y toma decisiones no solo alejadas de los objetivos del Principal sino también sin el empleo del esfuerzo que sería necesario, consciente de que el Principal no tiene la posibilidad de conocer hasta qué punto la actuación resultante se debe a su forma de prestación o a causas externas.

De lo que se trata entonces es de desarrollar un contrato en el que el Agente voluntariamente renuncie a aprovecharse de esa ventaja que le aporta la mayor información y decida perseguir los mismos objetivos que los del Principal porque se hayan convertido también en sus propios intereses.

Cómo conseguir esa alineación de intereses es en torno a lo cual va a girar la teoría de la agencia, pues lo que subyace tanto al problema de la selección adversa como al del riesgo moral (ambos problemas derivados de la información asimétrica) es un comportamiento

¹⁷ “Economic rationality means that economic agents do the best they can to improve their welfare”, CHAVAS, J.P., *Risk Analysis in Theory and Practice*, Academic Press, 2004, p. 221. “Se presume que tanto el Principal como el Agente actúan de la forma en que se maximicen sus funciones de utilidad previstas” (Traducción propia). SHAVELL, S., “Risk sharing and ...”, *op.cit.*, p.57.

egoísta o racional del agente proveniente de esa diferencia de intereses que la teoría tratará de minimizar.

El reto que afronta la teoría no es ni mucho menos sencillo pues, como bien indican Hart y Holmström, si el Agente pudiera internalizar los objetivos del Principal sin coste alguno no existiría razón por la que estudiar las relaciones de agencia. Pero la realidad es que los intereses de uno y otro sujeto no son automáticamente alineables¹⁸. La falta de incentivos del Agente provoca que, al no tener ningún motivo por el cual cambiar su actuación y ser además un sujeto racional (es decir, que busca la mayor utilidad de su función), se sirva de la situación de superioridad en que se encuentra. Por ello, puede concluirse que la teoría de la agencia es básicamente un problema de incentivos que deben utilizarse como mecanismo para compensar la asimetría en la información de las partes.

Esta es la teoría sobre la que vamos a trabajar por ser la que más se aproxima al supuesto de hecho que queremos estudiar: la concesión de servicios. En ella, el Principal es la Administración y el Agente, la concesionaria. Como ya se ha apuntado, en este apartado lo que se pretende es advertir las ideas económicas básicas que deben inspirar tanto estos contratos de concesión, en concreto, como nuestra legislación en la materia, en general, en la medida en que tratan aspectos de un calado económico imposible de ignorar. La eficiencia de un contrato de concesión va a depender, fundamentalmente, de que se consiga diseñar un sistema de retribución que permita alinear los intereses de las partes para que, de esa forma, se reduzca el principal efecto de la asimetría en la información, que es: el conocido problema del riesgo moral o riesgo de que el concesionario satisfaga sus intereses contrarios a los de la Administración aprovechándose de que ésta no puede penalizarle ya que le es imposible conocer el esfuerzo que el concesionario ha empleado en la realización de la prestación, es decir, ya que desconoce y no puede acreditar si los malos resultados provienen de una deficiente prestación del concesionario o de una causa externa. Si se consigue que los intereses de la Administración y el concesionario sean los mismos, no habrá riesgo de que esto suceda. Veamos cómo puede producirse esto.

¹⁸ HART, O. & HOLMSTRÖM, B., *Theory of Contracts*, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Working paper Department of Economics, núm. 418, 1986, p. 8.

1.3.3. El sistema de incentivos y compensaciones y su relación con la distribución de riesgos

Llegados a este punto, el siguiente paso lógico será el de analizar los postulados teóricos que ofrece la TAP para la solución del problema del riesgo moral y del conflicto de intereses con el objetivo de valorar las posibles aplicaciones que estos puedan tener en la distribución de riesgos entre las partes. Esto es lo que precisamente pretende hacer Oudot en su trabajo quien afirma lo que venimos apuntando: “[...] *resulta fundamental comprender los principios de distribución del riesgo para diseñar recomendaciones eficientes en lo que a imputación de riesgos se refiere. Por ello la intención es explicar los fundamentos teóricos de los criterios de distribución de riesgos*”¹⁹.

Como primera aproximación, debe saberse que según la TAP para evitar dicho problema el contrato deberá diseñarse de manera que satisfaga dos condiciones²⁰. Por un lado, la condición del **incentivo**²¹, que es aquella mediante la cual se asegura que el Agente quiera trabajar en una manera que favorezca los intereses del Principal porque se haga coincidir dicha actuación con la que le reporte una mayor maximización de su utilidad individual. Por otro, la condición de la **participación**²², que supone que el Agente tiene que querer iniciar una relación contractual con el Principal en comparación con la que obtendría en el mercado privado o no contratando, lo cual necesariamente debe significar que mediante tal contrato el Agente debe prever la obtención de un mínimo en su función de utilidad para que resulte interesado.

¹⁹ “[...] *the full understanding of the risk allocation principles is fundamental to draw efficient recommendations as far as risk bearing is concerned. That is why we aim to precisely explain the theoretical foundations of the risk allocation criteria.*” OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical and empirical evidences, application to public-private partnerships in the defense sector.”, *The 9th annual conference of the institutions of market exchange*, Barcelona, Spain, 2005, p. 2.

²⁰ Así lo afirman con claridad Laffont y Martimort: “*Incentive and participation constraints define the set of incentive feasible allocations [...] A menu of contracts is incentive feasible if it satisfies both incentive and participation constraints*”. LAFFONT, J.J. & MARTIMORT, D., *The Theory of Incentives. The Principal-Agent model*, Princeton University Press, 2002, p.37. También, *vid.* HART, O. & HOLMSTRÖM, B., *Theory of Contracts...* *op. cit.*, p. 12; HART, O.D. y GROSSMAN, S.J., “An analysis of the Principal-Agent...”, *op.cit.*, p. 8; ROSS, S.A., “The Economic Theory of...”, *op.cit.*, p. 136; LAMBERT, R.A., “Contracting Theory and Accounting”, *JAЕ Rochester Conference*, 2000, p. 20; y KESER, C. & WILLINGER, M., “Theories behaviour in principal-agent relationships with hidden action”, *European Economic Review*, núm. 51, 2007, p. 1521: “*If the principal wants to implement high effort, his contract offer must satisfy the participation and the incentive compatibility constraints*”.

²¹ Ross se refiere a esta obligación como “*motivational constraint*”, “la condición del incentivo” en español. ROSS, S.A., “The Economic Theory of...”, *op.cit.*, pp. 136 y 137.

²² “*A market-imposed minimum expected fee or expected utility of fee by the agent would be one economically sensible constraint.*” ROSS, S.A., “The Economic Theory of...”, *op.cit.*, p.135.

Con ambas obligaciones en mente veamos cuáles son los criterios de distribución del riesgo que de dichas condiciones se derivan.

a) La condición del incentivo

La Teoría de la Agencia considera que dado que el comportamiento del Agente no es observable, y que su conducta tiene una influencia directa en la consecución de los intereses del Principal²³, el agente deberá ser incentivado para que voluntariamente adecue su comportamiento a dichos intereses. Se entenderá por incentivo aquel sistema que le premie o castigue en función de los resultados obtenidos²⁴; es decir, se trata de lograr que no le resulte beneficioso mantener una conducta contraria al resultado que el Principal busca sino todo lo contrario, que en tal caso se vea perjudicado económicamente. El fundamento de esta proposición se encuentra en el principio de responsabilidad²⁵ de la teoría de la agencia en función del cual debe hacerse responsable al agente de aquellas cuestiones de las que sea causante o sobre las que su comportamiento tenga una clara repercusión o incidencia. La mejor manera de materializar esa responsabilidad es mediante la imputación de unas ganancias o pérdidas a los resultados derivados de su actuación. La obligación de incentivar al agente es, en definitiva, una exigencia directamente derivada del problema de agencia que trata de contrarrestar, mediante la concentración de intereses, los efectos negativos del problema del riesgo moral.

Sentada la necesidad de diseñar una estructura de incentivos, la TAP propone la utilización del sistema de reparto de riesgos como instrumento incentivador²⁶. Esto significa que los criterios que guíen la distribución de riesgos en estos contratos deberán estar orientados hacia la opción que más incentivos genere en el Agente. Lo

²³ Como bien indica Shavell, si bien el resultado de la prestación puede depender del esfuerzo del agente y de un aspecto aleatorio, se presume en cualquier caso que cuanto mayor sea el esfuerzo, mejor será el resultado. SHAVELL, S., "Risk sharing and ...", *op.cit.*, p. 57. También, *vid.* ROSS, S.A., "The Economic Theory of...", *op.cit.*, p.134.

²⁴ Hart y Holmström sostienen que el agente será castigado por aquellos resultados que hagan pensar que el esfuerzo ha sido bajo, y premiados por aquellos que presuman un esfuerzo alto. HART, O. & HOLMSTRÖM, B., *Theory of Contracts...*, *op.cit.*, p.15.

²⁵ HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., "Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Special Issue: Papers from the Conference on the New Science of Organization, Oxford University Press, vol. 7, January 1991, p. 27.

²⁶ Oudot señala que la necesidad declarada por la TAP de incentivar al agente conlleva idear una distribución de riesgos que se base en motivar al agente en la obtención de unos resultados y no simplemente en la idea de transferir una carga, sin más. OUDOT, J.M., "Risk-allocation: theoretical ...", *op. cit.* p. 5.

anterior no está exento de dificultades pues, como se verá más adelante, en gran cantidad de casos la opción de distribución de riesgos más óptima, entendiendo por óptima la menos costosa, es precisamente la que menos incentivos crea en el agente²⁷. Por tanto, si nos guiáramos exclusivamente por esta primera condición del incentivo, renunciaríamos a la distribución de riesgos menos costosa en favor de asegurar la consecución de unos determinados intereses (los del principal)²⁸.

La lógica de la proposición es sencilla, en función de los riesgos que el Agente deba soportar se motivará su comportamiento en un sentido u otro²⁹ y esto es así porque la imputación de un determinado riesgo supone para él la carga de intentar que éste no se materialice y conllevará el despliegue de los medios que sean necesarios para que ello no ocurra³⁰. Se parte evidentemente de la asunción de que a mayor materialización del riesgo, mayor será el coste para el Agente, y peor será la prestación realizada³¹. Y en función de cómo sea esa prestación la remuneración será mayor o menor por lo que le interesa mantener controlados los riesgos que se le transfieran. Como apunta Ruiz Ojeda: *“El empresario se preocupará de la adecuada gestión de los riesgos que le han sido asignados, ya que su concreción mermará sus beneficios, mientras que su contención o control se verá recompensada con un*

²⁷ “Optimal risk-sharing may be inconsistent with motivating work”. HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., “Multitask Principal-Agent ...”, *op. cit.*, p. 43.

²⁸ “The optimal contract trades off the benefits of imposing risk in order to give the agent incentives with the cost of imposing risk on a risk averse agent. That is, if the principal offers the optimal risk sharing contract, the agent does not have enough incentive to provide a high enough level of effort. However, imposing risk on the agent lowers his expected utility *ceteris paribus*, so the principal must raise the agent’s expected compensation to meet the agent’s acceptable utility constraint.”. Traducción propia: “El contrato óptimo ‘compensa’ [el concepto de ‘trade-off’ no tiene equivalente en el español, de ahí que utilicemos el verbo ‘compensar’ por ser el que más se le aproxima] los beneficios de transferir riesgo al agente para incentivarle, con el coste que supone transferir el riesgo a un agente con aversión al riesgo. Esto es, si el Principal ofrece la transmisión de riesgos más óptima [es decir, la menos costosa], el agente no tiene incentivos para prestar el servicio con el esfuerzo deseado. Sin embargo, transferir riesgo al agente disminuye su previsión de utilidad por lo que el principal debe entonces incrementar los ingresos esperados para cumplir con la condición de participación del agente”. LAMBERT, R.A., “Contracting Theory...”, *op.cit.*, p. 23.

²⁹ “[...] the action which is optimal for the agent will depend on the extent of risk sharing between the principal and the agent.”. HART, O.D. & GROSSMAN, S.J., “An analysis of the Principal-Agent...”, *op.cit.*, p. 7.

³⁰ “When the party that manages the risk also bears its financial cost, it will face incentives to mitigate the risk”. HOVY, P., “Risk allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing Value for Money”, discussion paper, International Institute for Sustainable Development, 2015, pp. 1 y 2. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-money-discussion-paper.pdf> (Consultado el 4 de diciembre de 2018)

³¹ OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical ...”, *op. cit.* p. 5.

*beneficio mayor*³². De lo contrario, esto es, si al agente no se le transfiere el riesgo, le resultará indiferente si éste se materializa o no ya que no se verá perjudicado (no afectará a su remuneración), lo que le llevará a no esforzarse especialmente en la minimización de ese riesgo que, por tanto, tendrá lugar en más ocasiones. Tal materialización, sin embargo, sí que habrá afectado a la prestación del servicio, a su calidad o cumplimiento, esto es, habrá afectado a los objetivos del Principal.

La TAP tiene claro que para evitar los efectos desfavorables de la disociación de intereses de las partes es necesario aunar los intereses de las mismas mediante un determinado esquema de distribución de riesgos que promueva y logre dicha alineación, lo que supone otorgar al sistema de reparto de riesgos una función incentivadora de gran valor³³. La alineación de intereses de uno y otro sujeto llega cuando una misma acción (la de reducir la materialización de los riesgos) se convierte en la mejor opción tanto para lograr la mejor prestación del servicio (objetivo del principal) como para conseguir la mayor reducción de los costes individuales del agente y en consecuencia alcanzar la maximización de su función de utilidad. (objetivo del agente).

El anterior razonamiento nos lleva a la afirmación de que los riesgos han de distribuirse con el objetivo de motivar al Agente si queremos corregir la desviación de intereses y el problema del riesgo moral. Y esa motivación solo puede conseguirse si el Agente sabe que su comportamiento puede incidir en la materialización del riesgo.

De los dos ideas principales subrayadas se extrae la **primera de las conclusiones**:

El riesgo deberá transferirse a la parte que éste mejor capacitada para gestionarlo³⁴.

³² RUIZ OJEDA, A., *La concesión de ...*, op. cit., p. 265.

³³ “[...] explicit formulae for an efficient contract can be derived that show clearly the tradeoff between risk-sharing and incentives”. WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive Contracts”, *The Quarterly Journal of Economics*, John Wiley & Sons, junio 1980, p. 719.

³⁴ “...to ensure, therefore, the success of a project, there needs to be optimal sharing of risk between the public and private sector, with each partner retaining the risk which they are best placed to manage”. BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private ...”, op. cit., p. 47; “When the contractor firm has greater discretionary power to reduce project costs, it should be made to bear a greater share of those costs.

Debe matizarse con respecto a la primera de las conclusiones que dentro de la expresión “mayor capacidad para gestionar” cabe entender dos aspectos diferentes. Por un lado, la capacidad de reducir la materialización del riesgo, es decir, la posibilidad de evitarlo y de influir en el origen del mismo; y por otro, en aquellos casos en que no pueda evitarse su materialización, la posibilidad de mitigar su impacto una vez acontecido³⁵. La cuestión no es baladí pues, como se desarrollará en apartados posteriores, en no pocas ocasiones la imputación de un determinado riesgo dependerá precisamente de esta matización (de si se puede evitar o de si solo se puede mitigar el mismo).

Así mismo, conviene ahondar en el sentido principal de tal conclusión. Con la atribución del riesgo en función de la capacitación de las partes para gestionarlo se busca un objetivo doble: uno más inmediato y principal que tiene que ver con la *alineación de intereses*, es decir, con que a ambos les interese disminuir el riesgo (al Agente porque así reduce los costes que de lo contrario tendría que asumir³⁶, y al Principal porque cuantos menos riesgos se materialicen, mejor será la prestación que se haga del servicio³⁷); y otro objetivo algo más implícito que es la *reducción del precio del proyecto*, ya que si transfiriésemos al Agente un riesgo que éste no pudiese gestionar de ninguna manera –además de obtener un efecto incentivador nulo pues sabría que su actuación no es de ningún modo decisiva– el número de casos producidos no disminuiría por lo que los costes para sufragar sus consecuencias se repercutirían con toda seguridad en el precio ofertado por el Agente. Así, al Principal le viene bien que el riesgo se transfiera de este modo doblemente: tanto porque la calidad de la prestación será mejor como porque le saldrá más barato.

Conversely, when there is little that a firm can or will do to cut costs, it may as well be freed from bearing the risk, [...]. WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive...”, *op.cit.*, p. 725.

³⁵ “Risk assessments are typically guided by two questions: (1) which party is better able to control the occurrence of the risk (risk frequency)? and (2) which party is better positioned to manage the outcome of the risk, or control its ultimate cost (consequence severity)? [...] PPP practitioners also consider the extent to which parties may face incentives to influence the total impact of the risk. Even if a party is not able to prevent a risk from materializing, it may still assume the risk if it has control over the ultimate cost”. HOVY, P., “Risk allocation in...”, *op.cit.*, p.2.

³⁶ “If contract terms make a partner to support the risk, he will try to avoid the risk. As a consequence, the probability of risk occurring will be lower, which directly and indirectly [...] reduce the production costs”. OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical and...”, *op.cit.*, p. 9.

³⁷ “The more risks materialize, the higher the costs, the less the performance, the less the Agent is paid.” (Subrayado propio). OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical and...”, *op.cit.*, p. 5.

b) La condición de la participación

Hasta ahora hemos analizado las exigencias que se derivan de la obligación de cumplir con la primera de las condiciones, el incentivo. Sin embargo, como veremos, atender únicamente a esta condición podría tener un efecto perverso: la posibilidad de estar atribuyendo un riesgo a una parte a la que le resulta especialmente costoso soportarlo. La condición del incentivo ignora en su análisis las consecuencias que sus medidas implican con respecto a la incertidumbre, centrándose casi exclusivamente en modular la conducta del Agente a favor de los intereses del Principal. Pero no debemos olvidar que a éste no solo le interesa la obtención de unos determinados resultados sino también el coste al que éstos se van a obtener. En este concreto sentido señala Weitzman que si bien la transferencia de riesgos al agente genera efectivamente unos mayores incentivos para reducir los costes, también provoca una mayor incertidumbre sobre los mismos lo que requiere, como compensación, una cuota fija mayor³⁸. Esto significa que la aplicación única de la primera de las condiciones (el incentivo) podría dar lugar a una consecución de resultados óptima pero a un precio desorbitado. Por ello, la TAP advierte de la necesidad de cumplir con las dos obligaciones (incentivos y participación) no únicamente para conseguir el doble objetivo del Principal (prestación adecuada y precio asumible, es decir, eficiencia), sino también para cubrir las necesidades del Agente (beneficios mínimos) y así evitar que la incertidumbre derivada de soportar determinados riesgos tenga una repercusión negativa en el precio del contrato. Todo lo anterior con la intención, recuérdese, de obtener el óptimo de Pareto que es ese punto en el que ninguna de las partes pueda mejorar su situación sin empeorar la de la parte contraria³⁹.

En función de lo anterior la máxima según la cual cuanto más dependa la remuneración de un sujeto de un resultado (base de la condición del incentivo) más motivado estará para alcanzarlo tiene sus limitaciones, pues a partir de un determinado punto, la medida puede perder su efecto incentivador o accionar una subida del precio no deseada, lo que destruiría los objetivos perseguidos por el Principal. Habría entonces que buscar un equilibrio que proporcione el nivel adecuado de riesgo transferido que mantenga al agente incentivado pero que, al mismo tiempo,

³⁸ WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive...”, *op.cit.*, p.719.

³⁹ *Vid. supra* nota al pie 7.

no exceda de los niveles óptimos de incertidumbre que éste está capacitado para soportar sin recurrir a un incremento de los precios para compensarlo⁴⁰. Ese contrapeso a la condición del incentivo lo ejerce la condición de la participación.

La condición de la participación implica, por tanto, la necesidad de estabilizar mínimamente los beneficios del Agente para asegurar su interés por contratar con el Principal. Así lo declara Ross que señala que la determinación de ése mínimo dependerá del mercado, o más concretamente, de la expectativa de beneficios que el agente tenga en el mercado⁴¹ así como de la relación que tenga con el riesgo.

Es doctrina consolidada en la literatura económica que los sujetos pueden mantener una relación muy diversa con respecto al riesgo: favorable, neutral o aversa al mismo. En función de dicha preferencia se modula su conducta en un sentido u otro, de tal modo que en un extremo, un precio fijo (o riesgo cero) será la opción más óptima para un agente extremadamente averso al riesgo, mientras que en el extremo opuesto, un agente neutral estará dispuesto a asumir todo el riesgo del contrato de que se trate⁴². Al Agente extremadamente averso le preocupa excesivamente la incertidumbre del resultado dadas sus circunstancias económicas (poca capacidad de diversificación, de gestión conjunta y de obtención de créditos), sabe que el impacto del riesgo en su economía en caso de producirse es preocupante por lo que únicamente está interesado en los negocios más seguros a pesar de que reporten un menor beneficio. Por ello, en caso de transferirle el riesgo se verá obligado a incrementar el precio para cubrir sus necesidades y asegurar su supervivencia en el mercado. Por su parte, al Agente neutral no le atrae el riesgo pero tampoco le hace huir, esto supone que el potencial beneficio económico que podría derivarse de la transferencia del riesgo compense las posibles consecuencias negativas de la materialización del mismo. Dado que éstas no son tan

⁴⁰ Weitzman centra su trabajo precisamente en esa importancia de equilibrio entre incentivos y transferencia del riesgo en el diseño de un contrato eficiente, al igual que Grossman y Hart que se preguntan cuál es el grado adecuado de riesgo que debe transferirse dada la clara dependencia que tiene la actuación del agente en dicha distribución. WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive...”, *op.cit.*, p.719; y HART, O.D. & GROSSMAN, S.J., “An analysis of the Principal-Agent...”, *op.cit.*, p. 7. A ese punto clave de equilibrio también se refiere Bovis: “*risk sharing dictates that there is a threshold of risk that private sector managers will not cross, as when, for instance the risk outweighs the reward*”. BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private ...”, *op. cit.*, p. 51.

⁴¹ ROSS, S.A., “The Economic Theory of...”, *op.cit.*, p. 135.

⁴² Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, p. 10.; LAMBERT, R.A., “Contracting Theory...”, *op.cit.*, p. 16.

negativas pues su capacidad de absorción es mayor, puede soportarlo con mayor facilidad que el Agente averso y no necesita recurrir a la subida del precio.

Hay parte de la teoría clásica que entiende que la relación de los sujetos frente al riesgo es siempre la misma con independencia de las preferencias. Consideran que a mayor volatilidad de un resultado, a mayor incertidumbre (es decir, a mayor riesgo) menor debe ser la transferencia, o mayor interés tendrán los sujetos por precios fijos⁴³, como si todos se comportarán con aversión al riesgo. Sin embargo, la práctica demuestra lo contrario con múltiples ejemplos de sujetos neutrales que voluntariamente se someten a negocios arriesgados teniendo la oportunidad de optar por otros más seguros, con la esperanza de obtener unos mayores ingresos y conscientes de que los daños en caso de producirse, si bien no son queridos, tampoco son tan graves. La situación económica de su negocio justifica, motiva o incentiva su acercamiento al riesgo con la toma de decisiones más inseguras. Se puede concluir, por tanto, en contra de ésta teoría que ignora las preferencias del riesgo, que la actitud frente al riesgo sí afecta y permite al agente aceptar más o menos riesgo, o exigir una mayor o menor estabilización de los beneficios.

Son dos los modos en que dicha estabilización puede lograrse. Como bien indica Oudot, los beneficios no son más que el resultado de los ingresos menos los costes, por lo que partiendo de dicha premisa es obvio que para maximizar los beneficios habrá que o bien incrementar los ingresos o bien reducir los costes, o ambas cosas⁴⁴. Ambas ayudaran a reducir la variabilidad de los beneficios. Veamos primeramente la opción de reducir los costes.

- Reducir los costes para estabilizar los beneficios

La doctrina ha reconocido como costes no sólo los derivados de prestar el servicio en si mismo sino también otros costes asociados al sostenimiento del riesgo. Así por ejemplo, Holmström y Milgrom consideran como coste total de ejecución tanto el coste directo del trabajo como el derivado de soportar un determinado

⁴³ Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ OUDOT, J.M., "Risk-allocation: theoretical and...", *op.cit.*, pp. 5 y 6.

riesgo⁴⁵. Por su parte Oudot divide los costes del proyecto en tres tipos: el coste productivo, el coste transaccional, y el coste de soportar el riesgo⁴⁶. El productivo hace referencia al invertido en el desarrollo de su actuación para tratar de evitar el riesgo; el transaccional, a los esfuerzos contractuales y de organización llevados a cabo para protegerse de la materialización del riesgo o para minimizar los efectos de tal transferencia, esto se traduce básicamente en el desarrollo de cláusulas, condiciones y garantías en los contratos (costes *ex ante*) y en renegociaciones (costes *ex post*); y por último, el coste de soportar el riesgo en sí mismo que designa aquella parte del coste total del proyecto que resulta de hacer frente a los riesgos una vez estos se materializan. Este último tipo de coste es especialmente importante ya que puede variar de un sujeto a otro de la relación, es decir, puede haber una de las partes para quien resulte mucho más costoso afrontar los gastos de la materialización de un riesgo que para la otra. Mientras el resto de costes no tienen porqué ser diferentes en función del sujeto, el coste de soportar el riesgo varía y podrá ser diferente para cada parte.

La cuestión se centra en determinar cuál de las partes de la relación tiene el menor coste de asumir riesgos, o lo que es lo mismo, mayor capacidad de absorberlos. A este respecto la TAP viene resaltando la vinculación que existe entre la actitud adoptada por las partes frente al riesgo y el coste de soportarlo, siendo éste último mayor a medida que incrementa la aversión al riesgo⁴⁷. Esto se explica en razones de diversificación y de gestión conjunta del mismo, de manera que aquel sujeto que tenga mayor capacidad de propagar el riesgo entre varios sujetos (diversificación), de compensar sus consecuencias con los ingresos que reporten otros negocios (gestión conjunta), o de conseguir un préstamo a menor precio, tendrá una actitud frente al riesgo más neutral. Su situación le permitirá asumir una mayor incertidumbre dado que el daño que le supondría la hipotética materialización del riesgo sería menor que el que resultaría para el sujeto con aversión que no goza de esas facilidades. Así, el sujeto que no puede diversificar

⁴⁵ “[...] the implementation cost reflects both the direct cost of work as well as the cost of risk-bearing, since both costs are deducted when determining the total certainty equivalent of the parties” HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., “Multitask Principal-Agent...”, *op.cit.*, p. 44.

⁴⁶ OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical and...”, *op.cit.*, pp. 8 y 9.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 6.

o distribuir el riesgo entre varios, que no tiene más que un único negocio del que todo depende, y al que los préstamos le resultan significativamente más costosos, tendrá necesariamente un coste de soportar el riesgo mayor. La doctrina⁴⁸ es clara al respecto identificando a la Administración (Principal) como sujeto con menos aversión y, en consecuencia, como el sujeto con menor coste de asumir el riesgo precisamente por esa posibilidad de repartir los riesgos entre los pagadores de impuestos, de compensar las pérdidas con los ingresos que puedan derivarse de otros contratos, y de obtener préstamos a mejores precios dada la consideración que determinados gobiernos tienen de buenos pagadores. Lo anterior se suma, además, al hecho de que en la teoría de la agencia se presume que el Principal es neutral al riesgo, y el agente, averso⁴⁹. Por tanto, en la específica relación de agencia existente entre Administración-concesionario, no cabe duda de que la Administración será la parte a la que menos le cueste soportar el riesgo.

Así pues, atendiendo a los costes, la condición de participación nos conduce al segundo de los criterios o postulados que deberá regir la distribución de riesgos:

Deberá imputarse el riesgo a aquella parte para quien sea menos costoso soportarlo, que en el caso de nuestra relación de agencia será la Administración (Principal).

⁴⁸ “Los gobiernos pueden asumir algunos riesgos a menor coste que el sector privado por sus mayores oportunidades de diversificar el riesgo y de centralizarlo. Esto podría reflejarse en un menor coste de préstamo para el sector público” (traducción propia) “Governments can bear some risks at less cost than the private sector because of their greater opportunities for risk spreading and risk pooling. This may be reflected in lower cost of borrowing for the public sector”. GLAISTER S., “Past Abuses and Future Uses of Private Finance and Public Private Partnerships in Transport”, *Public Money & Management*, 19, 1999, p.30; “Because governments can spread risks among all their taxpayers, the governments of large countries with broad tax bases may have a relatively low cost of bearing risks” IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G.E., THOBANY, M., *Dealing with public risk in private infrastructure*, World Bank Latin American and Caribbean Studies, 1997, p. 9; “The government invests in a greater number of diverse projects and is able to pool risks to a much greater extent than private investors” ARROW K. J., *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, North-Holland, Amsterdam, 1970, p. 240.

⁴⁹ “[...]the standard model of principal-agent theory, which assumes that the principal is risk neutral while the agent is strictly risk averse.” KESER, C. & WILLINGER, M., “Theories behaviour in...”, p. 1518; “[...] principals are considered risk neutral in their preferences for individual firm actions, since they can diversify their shareholdings across multiple firms. Conversely, since agent employment security and income are inextricably tied to one firm, agents are assumed to exhibit risk aversion” WISEMAN, R.M. y GÓMEZ-MEJÍA, L.R., “A behavioral agency model of managerial risk taking”, *Academy of Management Review*, vol. 23, núm. 1, 1998, p. 133.

Este criterio de distribución lo que busca es la reducción del precio total del proyecto a partir de la estabilización de beneficios del agente. Y es que, tal y como afirma Eisenhardt, *“a medida que el agente se hace más averso, se va haciendo más caro transferirle a éste el riesgo”*⁵⁰ pues según Weitzman, *“al incrementar la transferencia [...] se obliga al agente a soportar un mayor coste de incertidumbre que requerirá como compensación una cuota fija mayor”*⁵¹. Si la Administración asume la responsabilidad del riesgo en determinados casos, libera al Agente de unas cargas o costes que ya no repercutirá en el precio, de manera que la cantidad que la Administración ahorra con ello (en el ámbito de su masiva contratación) le permitiría sufragar los gastos a los que tendría que hacer frente en caso de que dicho riesgo se materializara (autoseguro).

Tal razonamiento encuentra apoyos no solo en la doctrina económica sino también en juristas de la talla de García de Enterría quien también defiende esta opción basándose en las consecuencias prácticas negativas que para la Administración podría implicar una contratación con transferencia absoluta de riesgos al contratista. Y señala como posibles consecuencias *“o una defección de la oferta en las licitaciones, que quedarían en su mayoría desiertas [...] o, más razonablemente, la necesaria repercusión sobre las cifras ofrecidas por los contratistas de la prima de seguro que cubriese tales riesgos.”* Reconociendo que *“ambas soluciones serían perjudiciales para el servicio público”*⁵².

La prima de riesgo no es más que la respuesta lógica del Agente que mira por su supervivencia económica. Si, además, la situación en la que se encuentra es de aversión al riesgo, el agente tiene una mayor necesidad de estabilizar sus beneficios, lo que intensifica la condición de participación. Como no puede disminuir los costes (pues finalmente se le ha transferido el riesgo), lo que hará es

⁵⁰ *“As the agent becomes increasingly less risk averse (e.g., a wealthy agent), it becomes more attractive to pass risk to the agent using an outcome-based contract. Conversely, as the agent becomes more risk averse, it is increasingly expensive to pass risk to the agent.”* (subrayado propio) EISENHARDT, K.M., “Agency Theory: an assesment and review”, *Academy of Management Review*, 1989, vol. 14, núm. 1, p. 62.

⁵¹ WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive...”, *op.cit.*, p.719.

⁵² GARCÍA ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, nº 2, 1950, p.99.

maximizar sus beneficios mediante un incremento de los ingresos. Esto supone imponer al Principal un sobreprecio o prima que equivale a decir que es el Principal el que realmente está pagando o cargando con tal transferencia. Es lo que se conoce como “ilusión de transferencia del riesgo”⁵³, fenómeno por el que inicialmente puede parecer que el Principal queda liberado del riesgo, pero en realidad es él (la Administración), o mejor dicho, los pagadores de impuestos, quienes lo afrontan.

Queda claro que la condición de participación juega un papel fundamental en la eficiencia del contrato pues refleja cómo el Agente buscará siempre estabilizar sus beneficios. Si no se los estabiliza contractualmente el Principal mediante la no transferencia de la totalidad de ciertos riesgos, lo exigirá él mismo mediante la imposición de una prima.

- Incrementar los ingresos para estabilizar los beneficios

El otro modo de estabilizar los beneficios del Agente es mediante el aseguramiento de unos ingresos mínimos. Esto nos lleva a poner la atención en el precio del contrato⁵⁴, que deberá diseñarse de forma que prevea una parte de la remuneración fija y otra variable que dependa del nivel de prestación ofrecido. Al asegurar unos ingresos mínimos con esa cuantía fija se consigue que los beneficios sean menos inciertos o variables y, por ende, que los precios bajen pues el agente no tiene ya que prever en el precio tanta inseguridad. Lo que el agente con aversión al riesgo trata de evitar o reducir es la incertidumbre de saber cuánto beneficio va a obtener, pues ello le obliga a tener que calcular un precio suficiente que prevea todas las posibles circunstancias para que, llegado el peor de los casos (materialización del riesgo), su supervivencia no se vea comprometida.

Sentado lo anterior, la pregunta lógica sería la siguiente ¿por qué no imponer todo el riesgo al Principal (no transferir nada al Agente) para así obtener el precio más

⁵³ “A problem may, however, occur if risk is inappropriately transferred, as the government may pay a premium higher than necessary or jeopardize the long term sustainability of a PPP arrangement or is merely gaining the illusion of risk transfer, since it is likely that the risk will be transferred back to the government in the form of higher risks, risk premiums, and project problems”. BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private ...”, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

⁵⁴ OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical and...”, *op.cit.*, pp. 5 y 6.

asequible? La respuesta la encontramos precisamente en la teoría del seguro, según la cual cuando una compañía aseguradora cubre un determinado riesgo nunca ofrece cobertura por el total del daño sino que mantiene en un porcentaje bajo la responsabilidad del asegurado obligándole a hacer frente al riesgo hasta un determinado alcance para que éste no se desentienda en la prevención, y ello a pesar de que el asegurador obtiene a cambio un beneficio en forma de prima que abona el asegurado. Este sistema trasladado a la relación de agencia supone que si el Principal asumiera todos los riesgos de la relación, obtendría su correspondiente beneficio en forma de una rebaja en el precio del agente, pero, sin embargo, afectaríamos negativamente a la obligación del incentivo. Se desincentiva al agente a quien ahora le sería indiferente si el riesgo se materializa o no. Esta es la razón por la que la teoría del seguro desaconseja siempre el aseguramiento de *la totalidad* de los riesgos⁵⁵, y apuesta por lograr un equilibrio y conseguir que al menos *una parte* del riesgo sea, siempre y en todo caso, soportada por el Principal. Esta es la razón que motiva que en los contratos de seguro se mantenga un porcentaje del riesgo en el asegurado con la figura de la franquicia.

Y ésta es una de las grandes controversias que provoca en general la relación de agencia, no es sino una especificación del dilema general ya explicado entre distribución de riesgos e incentivos. Y es que tanto uno como otro problema lo

⁵⁵ “*Best practice suggests an optimal rather than a maximum risk transfer from the public to private sector*”. BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private ...”, *op. cit.*, p. 55. Conviene mencionar, sin embargo, que algunos autores como Miller y Whitford han venido haciendo una interpretación diferente, de corte más social, de la función del aseguramiento de riesgos al agente, aunque también refutada. Aseguran que, al contrario de lo que defiende la doctrina más clásica de la agencia, el aseguramiento de riesgos por el principal lejos de desmotivar al agente tiene una función incentivadora. Basándose en teorías de confianza e integridad entre principal y agente y teniendo en cuenta que el agente averso prefiere una remuneración fija (aunque sea más baja) a una más alta pero incierta, lo aconsejable no es intercambiar unos determinados resultados por una mayor remuneración sino canjear el aseguramiento de ciertos riesgos (que es lo que verdaderamente anhela el agente averso) por un nivel alto de esfuerzo. Demuestran en varios de sus estudios que ese ‘regalo’ o confianza del principal que le protege del riesgo garantizándole una seguridad con una remuneración fija se devuelve en forma de máximo esfuerzo. No obstante, es aconsejable puntualizar que si bien esto puede funcionar lo hará más bien en un ámbito personal como es una relación de agencia entre empresario y empleado, entre quienes es más corriente que se entable una relación personal de confianza/recompensa o de desconfianza/venganza, más que en una relación de agencia concesional como la que aquí se trata. MILLER G.J. & WHITFORD, A.B., “Trust and incentives in principal-agent negotiations: The ‘insurance/incentive trade-off’”, *Journal of Theoretical Politics*, vol. 14, issue 2, 2002, pp. 26-28.

que ponen de relieve es que la distribución de riesgos sería diferente si no hubiera necesidad de incentivar. Ambos conceptos son como la punta de dos flechas que señalan en direcciones contrarias. Esto en términos económicos significa que únicamente se puede optar al ‘segundo óptimo’ pues, de no tener esa obligación de procurar la actuación del agente en un sentido determinado, esto es, de no tener la obligación de incentivarle (consecuencia del riesgo moral) la distribución de riesgos se haría con el traslado de los mismos al Principal que es lo que se consideraría el ‘primer óptimo’.

Estos dilemas nos obligan a buscar un equilibrio entre aseguramiento e incentivos o entre la distribución riesgos más eficiente e incentivos, que es lo mismo que decir que no habrá que decidirse radicalmente ni por uno (imputar todos los riesgos al Principal) ni por otro (trasladar todos los riesgos al Agente) sino por una solución intermedia⁵⁶. He ahí la pregunta del millón: ¿hasta dónde transferir o asegurar?

En consecuencia, finalmente el tercer criterio a tener en cuenta en la distribución de riesgos será el siguiente:

Una parte del riesgo deberá ser soportada siempre por el Principal aun y cuando no sea éste la parte mejor capacitada para controlarlo.

Esto es así porque aun cuando el Agente fuera el mejor capacitado para evitarlo, la literatura económica demuestra que los sujetos con aversión al riesgo despliegan un comportamiento conservador y poco arriesgado con el objetivo de garantizar sus supervivencia económica por lo que, si no queremos que repercutan el riesgo en el precio, debemos necesariamente reducir el grado de incertidumbre mediante la imputación de parte del riesgo al Principal. De este modo, al garantizarle unos ingresos mínimos y no dejar toda su remuneración al azar, puede

⁵⁶ “In summary, under moral hazard and risk-averse agent, the efficient contract has the following characteristics: - at least some risk will be faced by the principal (otherwise, the benefits of risk sharing with the risk-averse agent would not be obtained) – if the incentive compatibility constraint is binding, then some risk will be faced by the agent [...] Obviously, this optimal risk exposure cannot be motivated as an incentive for the agent to behave more efficiently”. (Subrayado propio en sustitución de la cursiva utilizada por el autor) CHAVAS, J.P., *Risk Analysis in Theory ...*, op. cit., p. 195.

estabilizar sus beneficios, y se facilita la posibilidad de que ajuste su oferta lo máximo posible mediante una disminución del precio que es lo que al Principal le interesa.

1.3.4. Criterios de distribución de riesgos. Recapitulación y límites.

A modo de recapitulación y en virtud de lo anteriormente expuesto podemos señalar que los criterios de adjudicación de riesgos que derivan de la teoría tradicional del Principal-Agente son tres:

- 1.- El riesgo deberá transferirse a la parte que esté mejor capacitada para gestionarlo.
- 2.- Deberá imputarse el riesgo a aquella parte para quien sea menos costoso soportarlo, que en el caso de nuestra relación de agencia (contrato de concesión) será la Administración (Principal).
- 3.- Una parte del riesgo deberá ser siempre soportada por el Principal aun y cuando no sea éste la parte mejor capacitada para controlarlo.

Si bien estos criterios tienen su utilidad, se advierten ciertas dificultades que impiden una aplicación de los mismos pacífica y rigurosa. La doctrina no ha dudado en extender el estudio de la teoría de la agencia tradicional con el desarrollo de modelos teóricos que aporten nuevas perspectivas para la consecución de contratos óptimos que subsanen esas deficiencias del modelo clásico. Veamos cuáles son algunas de estas limitaciones.

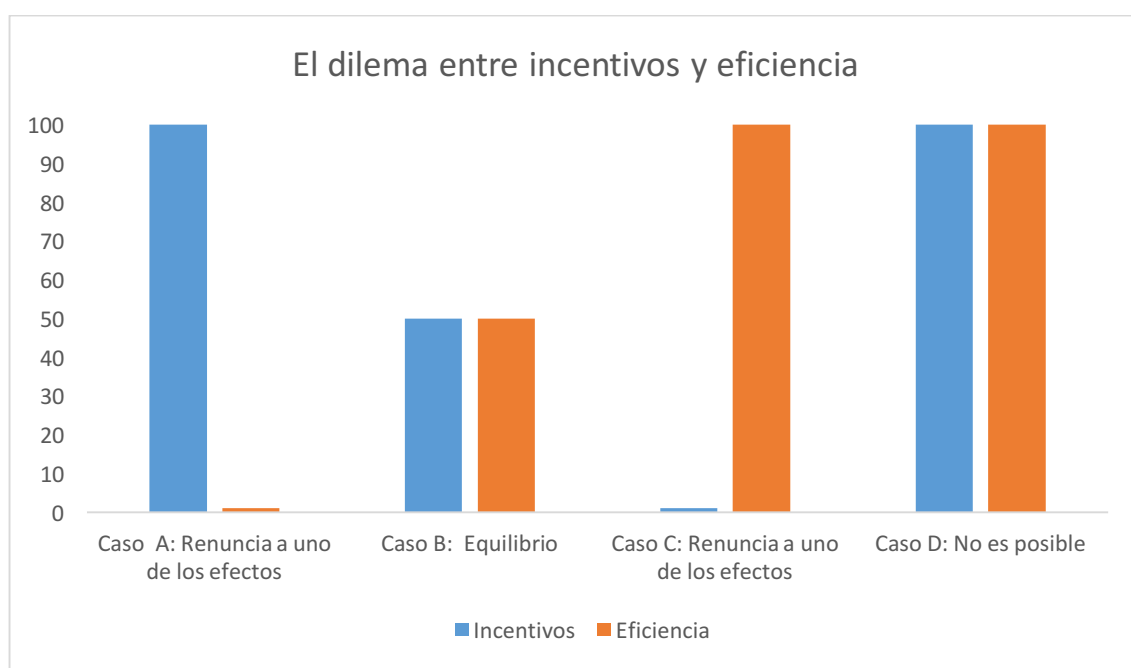
a) El dilema de la eficiencia y los incentivos. La prevalencia entre criterios.

Del análisis de estos criterios salta pronto a la vista la incompatibilidad que puede surgir entre el primer y segundo criterio. En efecto, puede suceder que la parte más capacitada para gestionar un determinado riesgo sea precisamente aquella para quien sea más costoso soportarlo o, lo que es lo mismo, que la parte con menor aversión al riesgo sea la menos idónea para gestionar uno de ellos. Y esto es así, tal y como indican Miller y Whitford⁵⁷, por la diferente actitud frente al riesgo existente entre los

⁵⁷ “*It is this difference in risk-aversion that creates an efficiency requirement that is incompatible with the necessity of imposing risky incentives on the agent.*” MILLER G.J. & WHITFORD, A.B., “Trust and incentives...”, *op. cit.*, p.10.

sujetos de la relación que hace que siempre sea más aconsejable, desde el punto de vista de la eficiencia o coste, que el riesgo no lo soporte quien tenga mayor aversión.

El dilema, por tanto, es el siguiente: en los casos en que se dé un Agente con aversión, la distribución de riesgos más adecuada para la consecución de un coste bajo es precisamente la menos oportuna para incentivar debidamente al Agente; y viceversa, la opción indicada para incentivar y alinear el comportamiento del Agente con el del Principal tiene como contrapeso negativo el incremento del precio⁵⁸. La situación es compleja pues conlleva plantearse cuál de los dos criterios debe prevalecer. O lo que es lo mismo, no nos permite alcanzar ambos objetivos (máxima incentivación y máxima eficiencia) en su totalidad y al mismo tiempo, sino que nos obliga a renunciar a la consecución de alguno de ellos o a lograr un equilibrio entre ambas. A continuación se expone la representación gráfica del problema.



El dilema existente entre incentivar y transferir los riesgos de la manera más eficiente, es uno de los dilemas clásicos de la teoría del principal-agente. Deben ponderarse ambos efectos: la ganancia que se obtiene con unos intensos incentivos por un lado, y la pérdida que supone una transferencia del riesgo subóptima⁵⁹ por otro; o la

⁵⁸ *Vid. supra* nota al pie 28 de este trabajo.

⁵⁹ Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström realizado por la Real Academia de las Ciencias de Suecia con motivo del otorgamiento del premio nobel en ciencias económicas a sus autores, octubre de 2016, p. 7. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced->

ganancia que se deriva de una transferencia del riesgo óptima, y la pérdida que implica tener un agente poco incentivado. Es lo que se conoce mediante el anglicismo ‘*trade-off*’, imposible de traducir a nuestro idioma con todos sus matices, y que hace referencia a esa situación en la que se pierde cierta cualidad pero se gana otra⁶⁰.

Hallar la solución perfecta o más adecuada entre ambas funciones para cada situación no es sencillo de determinar y en todo caso supondrá alguna renuncia, bien de uno de los efectos (opciones A y C del gráfico) o de parte de ambos (opción B), por lo que habrá que decantarse por el efecto más deseado o relevante de entre los posibles en función de las características del contrato.

Como decíamos, la principal causa de este ‘*trade-off*’ lo encontramos en la diferente actitud frente al riesgo existente entre los sujetos de la relación que hace que siempre sea más aconsejable, desde el punto de vista de la eficiencia o coste, que el riesgo no lo soporte el agente más averso lo cual es, por otro lado, incompatible con el requisito de transferir los riesgos al agente para incentivarlo.

Como ya ha quedado claro el grado de aversión al riesgo del agente es variable, existe una infinita gama de posibles intensidades en la preferencia por el riesgo que puede ir desde la mayor aversión hasta la preferencia, pasando por la neutralidad. Esto supone que la respuesta no deba ser una sino que dependa del nivel de aversión pues incluso ante dos agentes aversos al riesgo, la diferencia de ser extremadamente averso o ligeramente averso tiene consecuencias bien diferentes. Cuanto menor sea la aversión más probable será la solución del dilema, es decir, más riesgo podrá transferirse para incentivar sin que se vea afectada la eficiencia del contrato. Cuanto mayor sea la aversión, más razón habrá para valorar el establecimiento de pagos fijos.

[economicsciences2016-1.pdf](#) (acceso el 14 de noviembre de 2018). Se entiende por una transferencia subóptima la segunda mejor opción, que renuncia a la primera mejor.

⁶⁰ Dicho de otra forma: “*un exceso de riesgos transferidos, si bien eliminaría el riesgo de consolidación [del endeudamiento del proyecto en el balance de la Administración], podría suponer un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido, o, en el peor de los casos, la no viabilidad financiera del proyecto. Por el contrario, un exceso de riesgos soportados por la Administración pública podría facilitar la participación a bajo coste de los agentes privados, pero llevaría asociado un alto riesgo de endeudamiento y, en definitiva, un alto riesgo de que los Presupuestos futuros se vean afectados adicionalmente por la materialización de los riesgos retenidos*”. Informe sobre Modelos de Cooperación Público-Privada para la Financiación de Infraestructuras Públicas. Tratamiento en Términos de Contabilidad Pública (SEC95) y Viabilidad Jurídica, URÍA & MENENDEZ y PRICE-WATERHOUSE-COOPERS, p. 53.

El principal problema es que de la teoría de la agencia se derivan unos criterios que, si bien suponen aportaciones de gran valor, no conforman un sistema completamente operativo. Para poder cumplir con todos los criterios la situación solo puede ser una: **que el Agente sea neutral al riesgo**⁶¹. Solo en tal caso los criterios primero y segundo nunca se contrapondrán. En cambio, si en la relación de agencia en la que nos encontramos el Agente es averso, siempre habrá que elegir entre uno u otro.

Así, a la teoría clásica de la agencia hay que agradecerle que dé las claves del problema del principal y que sienta las bases para su solución pero puede reprochársele la ausencia de soluciones al dilema o ‘pay-off’ generado entre incentivos y transferencia del riesgo cuando el Agente tiene aversión al mismo. Siendo ésta la situación, la doctrina ha avanzado expandiéndose en diferentes direcciones, algunos con la búsqueda de nuevos sistemas incentivadores que solucionen el dilema, y otros no desarrollando nuevos modelos sino estudiando, bajo diferentes circunstancias, cuál es la opción que debe imponerse.

Sobre esta última cuestión de qué criterio debe prevalecer, es decir, de qué resulta más importante si la incentivación del agente (primer criterio) o la eficiencia o menor coste del contrato (segundo criterio), son pocos los autores que se han pronunciado. Oudot es uno de ellos y propone atender al origen del riesgo para la determinación de la preferencia de uno u otro criterio⁶². De este modo, **en el supuesto de que la causa del riesgo sea interna, es decir, su materialización dependa directamente del comportamiento de alguna de las partes, se imputará el riesgo a dicha parte aun y cuando pueda ser a la que más le cueste soportarlo** (prevalencia del primer criterio). Esto se debe al potente efecto incentivador que supone para la parte poder evitar el riesgo.

Conviene en este punto recordar las dos modalidades en que se puede manifestar la categorización de un sujeto como “mejor gestor” de un riesgo. Puede considerarse que la parte esté más capacitada para gestionar un riesgo bien porque pueda incidir en

⁶¹ Está afirmación se hace asumiendo que la acción del agente es inobservable y que del resultado obtenido tampoco se puede inferir la acción tomada. Es decir, estamos en el campo en el que solo el resultado es lo conocido. Esto se puntualiza pues en aquellas situaciones en las que la acción sea observable o el resultado pueda dar información suficiente como para saber que tipo de acción tomó el agente, si es posible hacer una transferencia del riesgo óptima. El problema solo se da cuando hay riesgo moral (*‘moral hazard’*).

⁶² Vid. OUDOT, J.M., “Risk-allocation: theoretical ...”, *op. cit.* pp. 11 y ss.

la ocurrencia del riesgo, esto es, en su materialización; bien porque no pudiendo hacerlo, sí pueda influir decisivamente en el impacto de éste, una vez acontecido, reduciéndolo considerablemente con su actuación. Siendo esto así, lo relevante es que uno y otro tienen intensidades incentivadoras diferentes siendo mucho mayor la motivación cuando el sujeto es capaz de evitar un determinado riesgo que cuando solo puede tratar de minimizar su impacto. En este último supuesto el autor considera que los efectos incentivadores son menos intensos (o incluso nulos) y no compensan la pérdida en eficiencia que supone atribuir el riesgo a dicho sujeto, por lo que prefiere beneficiarse de la transmisión del riesgo al sujeto con menor coste de soportarlo.

Así pues, **en aquellos casos en que el origen del riesgo sea externo, esto es, que halle sus causas en factores externos a la relación contractual y no dependa del comportamiento de ninguna de las partes las cuales solo podrán amortiguar sus efectos, deberá prevalecer el segundo criterio de adjudicación imputándose el riesgo a la parte a la que le sea menos costoso soportarlo**, que como ya se ha indicado será siempre el sujeto menos averso de la relación, en nuestro caso, la Administración.

Esta apuesta de Oudot tiene la peculiaridad de optar por un sistema en el que los riesgos se tratan de manera individualizada como un todo. En virtud de sus criterios cuando un sujeto debe asumir el riesgo lo hace de todo ese riesgo. Sin embargo, en aplicación de la ya mencionada teoría del seguro, el problema de la distribución del riesgo debe hacerse en porcentajes de ese riesgo, nunca transfiriendo la totalidad del mismo, de manera que si se considera que un sujeto es el más adecuado para soportar un riesgo (de acuerdo a los criterios que correspondan) deberá serlo de la mayor parte de ese riesgo, pero nunca de todo. Esta corriente está inspirada, como se decía, en teoría del seguro según la cual las compañías aseguradoras nunca ofrecen una cobertura completa sino que dejan al menos una parte (un porcentaje menor) en manos del asegurado para garantizar cierta colaboración.

Mediante este sistema de no transferencia total de los riesgos, se permite atender a esa función también positiva que tiene la mitigación aun cuando no se pueda evitar la producción del daño. Así pues, en el caso de materializarse un riesgo en este tipo de situación, si bien la mayor parte de las consecuencias (porcentaje mayor) del mismo serán asumidas por el Principal en base al segundo de los criterios (menor aversión al

riesgo), al no transferir todo el riesgo y retener una parte del mismo en el Agente se conseguirá mantener viva la voluntad del agente de mitigar las consecuencias negativas ya que, aunque sea en una pequeña parte, él también será responsable. Esto tendrá una incidencia evidentemente positiva en la cuantía económica a la que tendrá que hacer frente la Administración como responsable principal (en un mayor porcentaje) del riesgo que es. La opción de Oudot, sin embargo, elimina este posible efecto positivo al trasladar totalmente el riesgo a uno y otro sujeto.

Pongamos un ejemplo que lo ilustre mejor. Imaginemos que nos encontramos en un contrato de concesión de una autopista en la que tenemos a un actor Principal que es la Administración y un agente averso al riesgo que es la concesionaria. El riesgo en el que nos vamos a fijar es el riesgo de vandalismo y destrozos en las instalaciones pues esta autopista rodea en varios kilómetros las inmediaciones de un estadio de fútbol. Atendiendo a los criterios de distribución de riesgos de la teoría de la agencia parece que el sujeto más adecuado para soportar ese riesgo debe ser la Administración dado que además de ser la parte con mayor capacidad para evitar el riesgo (mediante un mayor control policial principalmente), es un sujeto neutral al riesgo por lo que le será menos costoso soportarlo (criterios 1 y 2, respectivamente). Sin embargo, no podemos obviar que la concesionaria, si bien no tiene capacidad alguna de intervenir en la materialización del riesgo, sí puede minimizar las consecuencias de dichos actos vandálicos (mediante la construcción de la autopista con materiales más resistentes o con un diseño de la misma que prevea la instalación de mamparas en determinadas zonas que reduzcan las posibilidades, por ejemplo). Según el sistema de Oudot, el riesgo debería ser transferido totalmente a la Administración por ser el sujeto más adecuado en función de los criterios 1 y 2. Pero esto provocaría que la concesionaria al no ser responsable en ningún porcentaje de ese riesgo, no active ciertas medidas que sin duda beneficiarían a la Administración. Por el contrario, si en virtud de los criterios 1 y 2 transferimos a la Administración la mayor parte del riesgo pero no todo (por ejemplo el 80%, manteniendo el otro 20% en la figura del agente), éste se interesará por llevar a cabo medidas que disminuyan la cuantía económica a la que ascenderían los daños en caso de producirse, para que así tanto su 20% como el 80% de la Administración sean los menores posibles. En números esto supondría, por ejemplo, que el daño de los disturbios sin intervención del agente fuera de 50.000€ de los cuales el 100% de esos gastos corresponderían a la Administración; mientras que

si mediara intervención de la concesionaria las consecuencias económicas descenderían, por ejemplo, a 30.000€ de los cuales el 80% (esto es, 24.000€) serían responsabilidad de la Administración, y el 20% (esto es, 6.000€) de la concesionaria. Como puede observarse, una diferencia considerable.

Lo mismo podría decirse de los riesgos climatológicos, claramente inevitables por ninguna de las partes, que deberán ser asumidos por el principal debido a su menor aversión al riesgo y, por lo tanto, su menor coste de soportarlo. En este caso y siguiendo la propuesta de Oudot, a pesar de que el agente tiene capacidad para mitigar las consecuencias del fenómeno climatológico mediante el despliegue de medidas que aminoren los daños, es decir, a pesar de que se le podría considerar mejor gestor del riesgo por esa posibilidad de mitigación, no tiene incidencia alguna en la ocurrencia del riesgo por lo que debe prevalecer el segundo criterio por el cual el riesgo se transfiere al sujeto con menor aversión al riesgo, esto es, al principal. De nuevo, si transfiriésemos el 100% del riesgo a la Administración perderíamos por completo el efecto incentivador del agente para que lleve a cabo las medidas mitigadoras mencionadas por lo que lo recomendable será retener un porcentaje del mismo en la figura del agente.

En sentido contrario, con respecto a los riesgos de construcción como el de disponibilidad de la obra en condiciones de calidad, la incompatibilidad se da entre el agente-constructor, claramente mejor capacitado para gestionar el riesgo (criterio 1) debido a su mayor incidencia en el origen del riesgo, esto es, en evitar su aparición (mediante la diligencia debida en la construcción), y el principal-Administración que también resultaría el más idóneo por su menor aversión al riesgo (criterio 2). Según la teoría de Oudot, la prevalencia del primer criterio dependerá de si el origen del riesgo es interno o externo y por lo tanto, de si el sujeto puede evitarlo o solo mitigarlo. En caso de que pueda evitarlo (origen del riesgo interno) prevalecerá el primer criterio sobre el segundo, esto es, se transferirá el riesgo al mejor capacitado para gestionarlo aun y cuando sea el mas averso de la relación; en caso de únicamente poder mitigar el impacto (origen del riesgo externo) prevalecerá el criterio 2 sobre el 1, es decir, el riesgo deberá transferirse al menos averso de la relación a pesar de que exista otro sujeto capaz de minimizar los daños. Sin embargo, una vez resuelta la incompatibilidad de los dos primeros criterios por la prevalencia de Oudot, al igual que en los ejemplos anteriores, aquí también resulta aconsejable no hacer una

transferencia del riesgo total sino de la mayor parte. De este modo si la Administración retiene un 20% del riesgo de construcción, liberará al constructor al menos en una parte del riesgo lo que conllevará una disminución del precio por parte del agente pero, sin embargo, seguirá manteniendo el incentivo de este para evitar la materialización del riesgo pues el agente asume el 80% del riesgo de construcción. Simplificando el razonamiento, la transferencia total del riesgo al agente-constructor implicaría, efectivamente, una gran incentivación, pero también un incremento del precio considerable que podemos ver aliviado si no lo transferimos por completo, manteniendo al mismo tiempo el efecto incentivador.

La conclusión que se extrae es, por tanto, que en supuestos de incompatibilidad de criterios, ya sea porque haya más de un sujeto con capacidades para gestionar el riesgo diferentes (uno con capacidades para evitar, y otro para mitigar) o porque el más adecuado para gestionar sea al que más le cuesta hacerlo, o lo que es lo mismo, en los supuestos en que no exista un mismo sujeto que acumule los dos primeros criterios (que sea el más capacitado para gestionar el riesgo y el que menos aversión tenga al mismo) lo ideal sería transferir los riesgos a quien corresponda de acuerdo a los criterios de preferencia de Oudot pero no en su totalidad sino en su mayor parte para así no desactivar por completo los efectos positivos de la mitigación (la disminución de los daños) y de la asunción del riesgo por la parte menos aversa al mismo (la disminución del precio).

b) Las acciones multidimensionales del agente

Otra de las críticas que puede hacerse al modelo tradicional principal-agente es la consideración de la acción del agente como una tarea unidimensional cuando, en la mayoría de los casos, ésta suele consistir en un conjunto de actividades diferentes y complejas. Ello impide su delimitación y exige un tratamiento omnicomprendivo de todas las tareas que no casa bien con el establecimiento de unos incentivos que van necesariamente anudados a una única actividad o resultado. Como bien sabemos el problema del riesgo moral en el que nos movemos implica la imposibilidad de conocer el esfuerzo empleado por el Agente pues éste es inobservable, pudiendo únicamente valorar los resultados de sus acciones de los que se podrá inferir, pero nunca asegurar, si el esfuerzo ha sido el adecuado o no. Si la acción es unidimensional el resultado obtenido, sea el que sea, es el producto que se deriva de dicha acción, por

lo que podemos establecer una conexión o relación entre ambas; sin embargo, cuando la acción del agente es multidimensional el resultado que tenga lugar puede deberse a cualquiera de las tareas que el agente ha desarrollado, no podemos saber a cuál de todas ellas en concreto por lo que no es posible establecer una relación certera. Si los efectos que se pretenden con los incentivos son los de provocar una conducta o acción determinada, en estos casos no puede saberse cuál de las varias conductas posibles es la que con mayor probabilidad se habrá accionado o si lo habrán hecho todas, lo que genera una disfuncionalidad que puede generar unos efectos no deseados. Si se incentiva la actividad multidimensional del agente con un resultado determinado, éste focalizará sus esfuerzos en desarrollar aquellas acciones que den lugar a dicho resultado, dejando inevitablemente de lado las demás que, sin embargo, importan igualmente al Principal.

Así pues, como bien detectaron Holmström y Milgrom, era necesario desarrollar un modelo que se ajustará a la realidad y en el que las acciones y resultados fueran multidimensionales para así valorar la intensidad que deben tener los incentivos en tales casos⁶³. El resultado pone de manifiesto que la transferencia del riesgo como método de incentivo únicamente surte efecto cuando la acción del agente es unidimensional, pues en el resto de supuestos lo aconsejable es desarrollar un sistema de incentivos de baja intensidad. Para su mejor comprensión exponen un ejemplo sencillo.

Imaginemos que el agente de la relación es un profesor que tiene dos acciones posibles: estimular la creatividad, responsabilidad y capacidad de pensar independientemente del alumno, y por otro lado, la obligación de enseñar para que los estudiantes saquen buenas notas. La primera de ellas es una tarea difícil de comprobar y medir; la segunda, no tanto. Si incentiváramos intensamente la primera de las acciones mediante la sujeción de una parte del salario a la consecución de dicho aprendizaje subjetivo estaríamos transfiriéndole demasiados riesgos al profesor quien sin duda reclamaría una mayor compensación de la parte fija, por lo que lo más adecuado será no incentivar dicha acción en exceso. Del mismo modo, si incentivamos la segunda de las acciones haciendo depender la remuneración del

⁶³ Vid. HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., “Multitask Principal-Agent...”, *op.cit.* pp. 24-51.

profesor de las notas de los exámenes, provocaremos un interés excesivo del mismo por esta tarea, y un desinterés notorio por la de enseñar habilidades de otro tipo igual o más valiosas. En estos casos lo recomendable es no incentivar ninguna de ellas y optar por un pago fijo. Con ello lo que se pretende evitar es una concentración total del agente en aquellas acciones que le reportan una mayor compensación en detrimento de las demás⁶⁴ pues *“Cuando las tareas son múltiples, la opción del pago mediante incentivos sirve tanto para distribuir los riesgos entre las partes y promover el esfuerzo, como para dirigir y orientar la atención o el interés de los agentes sobre sus obligaciones o tareas”*⁶⁵. Sirve, como bien indican, para dar más importancia a unas acciones que a otras. Si ese es el efecto deseado el incentivo será una buena opción pero *“si lo que el principal quiere lograr es un equilibrio en las acciones, lo óptimo será ignorar ciertos resultados a la hora de determinar la compensación del agente”*⁶⁶. La conclusión de sus autores es clara: Basta que una de las tareas del agente que se considere importante sea difícil de medir para que la opción más óptima sea la de establecer un sistema de incentivos de baja intensidad⁶⁷, es decir, transferir poco o ningún riesgo.

c) La teoría de los contratos incompletos

El modelo desarrollado por la teoría tradicional de la agencia ante el problema del riesgo moral consiste, básicamente, en la elaboración de contratos en los que se incentiva al agente mediante una transferencia del riesgo, es decir, anudando el pago de la retribución a unos elementos inciertos determinados. Cuando el elemento incierto que se elige para remunerar es el resultado de la prestación (riesgo de disponibilidad) será necesario poder especificar ‘*ex ante*’ cuáles son exactamente esos resultados de los que se hace depender la remuneración del Agente. El problema lo encontramos al comprobar la cantidad de contratos en los que esto no es viable pues resulta imposible determinar de antemano y con el suficiente grado de detalle los

⁶⁴ “The basic premise behind Holmström and Milgrom’s multi-tasking model is that agents will reallocate their effort away from uncompensated (non-incentivized) activities and toward compensated (incentivized) activities”. Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, p. 12 y 13.

⁶⁵ (Traducción propia). HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., “Multitask Principal-Agent...”, *op.cit.* p. 25.

⁶⁶ (Traducción propia). Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, p. 12.

⁶⁷ *Ibidem* p. 13.

resultados que han de derivarse de la actuación que será remunerada, dada la dificultad de predecir la totalidad de situaciones que pueden darse en el marco de un contrato y de las cuales aflorarían resultados completamente imprevistos. Del mismo modo, aun en el caso de que pudiesen prefijarse, en muchos casos será también complicado verificar si los resultados finalmente obtenidos efectivamente se ajustan o no a los estándares señalados⁶⁸. Es por ello que Hart llega a la conclusión de que en la actualidad nos encontramos ante infinidad de contratos incompletos⁶⁹.

Pongamos algún ejemplo para que se comprenda mejor. Imaginemos que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicio sanitario y que debemos especificar en los pliegos del mismo los resultados considerados ‘óptimos’ a los que se sujetará la remuneración. En términos generales, como es lógico, la Administración estará interesada en que el concesionario lleve a cabo una prestación del servicio de calidad lo cual se obtiene mediante el despliegue de un conjunto de actuaciones y no solamente de unas cuantas aplicadas individualmente. Pero ¿cómo traducir en datos objetivos lo que supone una sanidad de calidad? Puede que se nos ocurran algunos indicios que revelen cierta información sobre la adecuada prestación de un servicio. Sin embargo, estos únicamente nos ofrecerán información incompleta de parte de la actuación del agente. Así por ejemplo, se suele entender que una sanidad de calidad implica tener un número determinado de camas disponibles, un servicio de urgencias que no esté saturado, unas listas de espera para intervenciones quirúrgicas y para la realización de pruebas diagnósticas lo más breve posible, la puesta a disposición de la mejor y más novedosa tecnología a cada paciente, unas instalaciones en las condiciones de higiene y salubridad adecuadas... Sin embargo, la dedicación y atención prestada por el médico a cada paciente, además de ser imposible de medir, es variable en cada caso por lo que no se puede predeterminar. En ocasiones será necesaria una actuación rápida, en otras lo aconsejable será esperar y observar. No puede tratarse de objetivarse qué es lo que se considera adecuado pues dependiendo del supuesto lo procedente será ser breve o dedicar más tiempo. La calidad de la sanidad depende de una infinidad de factores y se refleja en infinidad de resultados, algunos

⁶⁸ Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, pp. 17 y 25.

⁶⁹ Hart considera que, de hecho, casi todos los contratos son incompletos en la práctica. HART, O., “Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships”, *The Economic Journal*, vol. 113, nº 486, 2003, p. 70.

de ellos imposibles de predecir y preestablecer. No es este un problema relativo a la imposibilidad de medir, sino a la imposibilidad de predeterminar pues son varios los resultados que cumplirían con el estándar de calidad exigido. Así pues, la opción de especificar en el contrato cuál es el resultado considerado conveniente para cada una de las enfermedades, trastornos, o accidentes que pueden darse para así comprobar posteriormente uno a uno si cada caso se ha adecuado al mismo y hacer depender de ello la remuneración, no es viable. Surgirán, por tanto, situaciones para las que los contratos no tengan nada especificado, esto es: contratos incompletos. En dichas situaciones no previstas el Agente podrá hacer lo que estime oportuno pues no estará vinculado por un contrato que nada dice al respecto y, probablemente, por ‘oportuno’ debamos entender aquello que más beneficios le reporte a nivel individual, es decir, aquello que le aleje del interés del Principal⁷⁰. Así pues, la posibilidad de transferir el riesgo de disponibilidad⁷¹ debe descartarse en estos casos ante la imposibilidad de prefijar unos estándares de calidad completos.

d) El mantenimiento del servicio

Son tres los criterios que han podido extraerse de la teoría del Principal-Agente con respecto a cómo distribuir los riesgos en un contrato típico de agencia, bajo condiciones de aversión al riesgo en el agente y con una asimetría en la información que da lugar al problema del riesgo moral. El objetivo de estas postulaciones son siempre la búsqueda de la eficiencia de un determinado proyecto, es decir, la mejor calidad al mejor precio posible.

Sin embargo, debe recordarse que la relación público-privada en que se enmarca este trabajo (contrato de concesión para la prestación de servicios) exige un segundo

⁷⁰ Son varios los autores (Hart, Grossman y Moore, Holmstrom y Milgrom, Shleifer y Vishny) que han continuado desarrollando el problema que tienen estos contratos incompletos para incentivar adecuadamente al Agente en el modo de prestación. Todos orientan sus estudios en la misma dirección señalando los derechos de decisión y propiedad como clave para subsanar el problema, de manera que en aquellos supuestos de contratos incompletos en los que la desviación de los intereses del Agente con respecto a los del Principal sea especialmente grave, lo adecuado será procurar la prestación pública del servicio sin transferir la gestión o, en caso de que se transfiera dicha gestión a los operadores privados, que se haga sometiendo a un férreo control y supervisión por parte de la Administración. La incorporación de estas aportaciones a nuestro trabajo excedería con mucho el objetivo que se pretende, por ello simplemente nos remitimos a los mismos para una mayor profundización. Para un resumen de estas teorías, *vid.* Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström ..., *op. cit.*, pp. 25-27.

⁷¹ Recuérdese que el riesgo de disponibilidad es aquel que se refiere a las posibles pérdidas que puede llevar aparejada una prestación que no cumpla con los requisitos y condiciones especificados en el contrato.

objetivo igual o más relevante si cabe que es el de mantenimiento del servicio. En concreto, el mantenimiento en el tiempo de servicios, en muchos casos, de una sensibilidad extraordinaria para los ciudadanos. La teoría de la agencia no atiende en ninguna de sus formulaciones a la consecución de este objetivo por lo que los criterios desprendidos de su doctrina ignoran este aspecto de vital importancia para la Administración centrándose “únicamente”, que no es poco, en la eficiencia pero no en la garantía del servicio.

Es necesario, por tanto, desde el punto de vista de la Administración, que el contrato además de ser eficiente goce de algunas garantías de supervivencia, que aseguren la continuidad en la prestación del servicio que no podría verse interrumpido de la noche a la mañana. Existe un recelo importante a arriesgar excesivamente la subsistencia de determinados servicios en favor de la supuesta eficiencia que el sistema de distribución de la teoría de la agencia reporta. La misma únicamente sería tomada en cuenta en tanto en cuanto estuviera “garantizado” o “asegurado” considerablemente el servicio. La Administración es la titular de la competencia, no puede renunciar a la misma sino que le supone una obligación por lo que deberá asegurar, antes que nada, la prestación de determinados servicios a los ciudadanos. Esto puede querer decir que en caso de tener que elegir entre eficiencia o mantenimiento del servicio, siempre vencerá la balanza del lado de este último aún y cuando no fuese ésta la mejor de las opciones desde el punto de vista económico. Lo ideal, obviamente, sería garantizar la prestación del servicio bajo condiciones de eficiencia, pero como demuestra la experiencia, esto no siempre es fácil. Lo que se debe tener claro es que hay una voluntad de proteger el servicio que por dicho contrato se presta y que ignorar esta necesidad solamente nos abocaría a diseñar un contrato de concesión inoperante. La pregunta pues es obvia: ¿Cómo adaptar los criterios mencionados para que sean funcionalmente útiles en la consecución del objetivo del mantenimiento?

Una situación parecida es la que se plantea Oudot en su excelente trabajo, en el que además de la eficiencia se busca también una tercera condición u objetivo que, en dicho caso, es la autosuficiencia en la industria de defensa. El estado francés quiere obtener armamento y otro tipo de sistemas de defensa de buena calidad al mejor precio y además no depender del exterior. Para ello, Oudot defiende la creación del siguiente criterio: el Principal podrá soportar algunos riesgos con el único fin de afianzar o respaldar el desarrollo del Agente. Y lo fundamenta en razones discrecionales del

Principal que simplemente renuncia al beneficio que le pueden reportar los incentivos a cambio de asegurar la estabilidad de la actividad del Agente.

La situación anterior bien podría asemejarse a la de nuestra Administración frente a los servicios públicos, esa autosuficiencia que busca el gobierno francés en nuestro caso se traduce en una necesidad de garantizar el servicio pues no nos podemos permitir quiebras en el mismo por tratarse de servicios de una sensibilidad especial. Los motivos puede que no sean idénticos pero el fin que buscan es el mismo: asegurar la estabilidad, permanencia o supervivencia de las entidades que los desarrollan.

La aceptación de este postulado nos lleva a reafirmarnos en la oportunidad del tercer criterio (el principal deberá siempre soportar una parte del riesgo aun y cuando no sea éste la parte mejor capacitada para gestionarlo) que, desde esta nueva perspectiva, ahora parece ser idóneo no sólo por razones relativas al precio sino también de mantenimiento.

1.3.5. Conclusión

A lo largo de las líneas anteriores se ha analizado cómo la teoría de la agencia propone solucionar los problemas que caracterizan la **relación principal-agente**, así como otras teorías posteriores han tratado de corregir sus limitaciones con diferentes aportaciones. En concreto, y a los efectos que nos interesan, el **problema del riesgo moral** se aborda desde la teoría clásica mediante la propuesta de un contrato que contemple un sistema de **incentivos y compensaciones** que logre remediar la desviación de intereses existente entre las partes sin incrementar el precio de forma excesiva. Se trata, por tanto, de diseñar, por un lado, unos incentivos que motiven al agente a desarrollar voluntariamente una conducta lo más cercana posible a los intereses del principal; y por otro, algún tipo de compensación económica que le garantice cierta estabilidad, es decir, que haga que no toda la retribución resulte incierta sino que al menos una parte pueda considerarse segura. El *quantum* de ese mínimo es una de las cuestiones clave pues las Directivas en materia de contratación del 2014 prohíben, precisamente, que en los contratos de concesión dicha cuantía coincida con las inversiones realizadas y los costes en que hubiera incurrido la concesionaria. En cualquier caso, tal y como se ha demostrado, el papel del riesgo en estos contratos es fundamental pues constituye el medio a través del cual se materializan esas exigencias del incentivo y la compensación. La **distribución de riesgos** es un

instrumento de enorme valor dado que permite tanto incentivar (mediante una transferencia de los mismos al Agente) como compensar (mediante su retención por el Principal). En función de a quién se impute el riesgo se conseguirá uno u otro efecto. El problema es que, como se ha apuntado en apartados anteriores, existen ciertas **limitaciones** a esta teoría. La primera de ellas tiene que ver con las complicaciones que se plantean a la hora de lograr la consecución de ambas exigencias a la vez. La aversión al riesgo del agente pone de relieve que existen sujetos para los que el cumplimiento de la condición de compensar (o condición de participación) es especialmente estricta. Este rigor genera un dilema en la utilización del riesgo pues impide que la transferencia del mismo satisfaga al mismo tiempo ambas condiciones. En tales casos de aversión resultará imposible incentivar al máximo al agente sin que ello repercuta en el precio pues el agente exigirá una mayor compensación. El conocido ‘pay-off’ entre incentivos y eficiencia en la transmisión del riesgo nos hace comprender que la solución es imperfecta y que incentivos y compensación (precios bajos) solo podrán darse cuando el agente sea neutral al riesgo.

Del mismo modo, la multiplicidad de tareas del agente y el carácter incompleto de algunos contratos reflejan nuevas debilidades de la teoría tradicional. Que la acción del agente no sea unidimensional conlleva que el incentivo que se pretende mediante la transferencia de riesgos al agente provoque una focalización de sus esfuerzos solo en aquellas actividades que tengan una mayor incidencia en los resultados y que, por tanto, le reporten una mayor retribución apartando su atención del resto. Por su parte, el estado incompleto de los contratos impide la transferencia del riesgo de disponibilidad (contratos cuya retribución se basa en los resultados) pues para poder imputar dicho riesgo ha de ser posible especificar el resultado exacto al que se va a anudar la remuneración y es de esta exactitud en la previsión de resultados de la que precisamente carecen los contratos que consideramos incompletos.

Puede decirse, en definitiva, que la teoría tradicional de la agencia así como los criterios de distribución de riesgos de ella derivados, son una solución cuya operatividad queda restringida a aquellos casos de **agentes neutrales** al riesgo que desempeñen **tareas unidimensionales** bajo **contratos completos**.

Así pues, a modo de resumen deben señalarse como ideas clave de este capítulo las siguientes aportaciones:

Que el contexto contractual que se estudia es el de una relación de agencia;

Que el problema que surge es el llamado problema del riesgo moral;

Que la solución que plantea la teoría de la agencia es la de desarrollar un sistema de incentivos y compensaciones que remedie la inobservancia del esfuerzo y alinee los intereses de las partes;

Que el medio para conseguirlo es la distribución de riesgos entre las partes;

Que la teoría ha sido cuestionada y corregida por parte de la doctrina que señala determinadas limitaciones: aversión al riesgo, multiplicidad de tareas del agente, contratos incompletos.

Que en determinados contratos con unas características específicas parecidas a las de algunas concesiones no resulta recomendable realizar una transferencia total de riesgos al Agente como medio a través del cual corregir el problema del riesgo moral pues no permite incentivar al agente sin que éste incremente el precio del contrato de forma desmedida, lo cual contradice los objetivos de eficiencia que deben inspirar la contratación pública e impide garantizar el mantenimiento del servicio en aquellos casos en que sea necesario.

Que los criterios a seguir en la decisión de qué riesgos deben transferirse son los siguientes:

1º) Cuando la concesionaria pueda influir en alguno de los dos riesgos que componen el riesgo operacional (demanda o suministro) ya sea **evitando o disminuyendo su materialización**, dicho riesgo debe transferirse en su mayor parte a la concesionaria aun siendo la parte del contrato a la que más le cuesta sopórtalo por tener mayor aversión al riesgo.

2º) Cuando la concesionaria pueda influir en alguno de los dos riesgos pero no evitando su materialización sino únicamente **mitigando sus consecuencias**, dicho riesgo debe mantenerse en la Administración en su mayoría, dejando solamente un porcentaje menor a cargo de la concesionaria.

3º) Si el servicio objeto de la concesión es un **servicio público esencial** que interese especialmente garantizar a los ciudadanos, lo aconsejable para asegurar su mantenimiento es que la Administración asuma la mayor parte del riesgo.

4º) Cuando la prestación en que consista el servicio sea **multidimensional** (esto es, implique varias tareas) será conveniente no transferir ningún riesgo específico o transferirlo levemente (en un porcentaje bajo) para evitar que el concesionario focalice todos sus esfuerzos en los resultados que tendrán consecuencias económicas y abandone los que no le reportan beneficios.

5º) Cuando no sea posible, por las características del contrato, predefinir y establecer en los pliegos todos los aspectos relevantes de la prestación del servicio (**contratos incompletos**), será mejor no transferir el riesgo de disponibilidad pues ello permitiría que el contratista solo esté obligado contractualmente a dichas tareas señaladas, y recorte en el resto de aspectos subjetivos imposibles tanto de predeterminar como de comprobar a *posteriori*, pero igualmente importantes.

Como en la mayoría de casos, la solución pasa por un punto intermedio que trataremos de ilustrar a continuación con la aplicación superficial y simplificada de estos principios básicos económicos en que debería inspirarse la distribución de riesgos tanto en los servicios públicos de los sectores más prototípicos como en los servicios públicos con menor esencialidad así como en los servicios no públicos.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS SECTORES MÁS PROTOTÍPICOS

2.1. Los riesgos en el servicio sanitario

Los servicios del sector sanitario se caracterizan por una especial complejidad teniendo en cuenta su esencialidad, la amplitud de prestaciones que pueden implicar y el esfuerzo financiero que puede suponer para la Administración.

Siguiendo los postulados de la doctrina económica que se han expuesto en este trabajo, puede afirmarse que el servicio sanitario constituye una actividad multidimensional que se compone de una infinidad de tareas. En estos casos, lo aconsejable es diseñar un sistema de retribución bajo en incentivos basado principalmente en precios fijos (sin o

con poca traslación de riesgos)⁷². Se trata de provocar en el concesionario una atención equilibrada a todas sus tareas y evitar que se ocupe únicamente de las que pueden reportarle beneficios económicos.

Así pues, no parece tener mucho sentido optar por sistemas de transmisión del riesgo de demanda basados en cobrar por la utilización del servicio, ya sea **por acto médico** realizado o **por paciente** (también llamado por proceso). El primero promovería un uso ineficiente del servicio por parte del prestador: hacer pruebas diagnósticas innecesarias, alargar las estancias hospitalarias, etc. El segundo, fomentaría una mayor utilización del servicio, generando o incentivando en el concesionario el deseo perverso e inmoral de no prestar los servicios adecuadamente para conseguir que el paciente vuelva más veces, así como que se opte por los tratamientos más baratos, que se acorten las estancias hospitalarias, que se demore la asistencia hasta la urgencia,...⁷³ dado que percibirá la misma cuantía sea cual sea la asistencia que el paciente necesite.

Por ello, parece sensato abandonar estos sistemas que no incentivan al concesionario en el sentido deseado por la Administración, es decir, que no alinean los intereses de ambas partes, y que, además, requieren de un gasto extra para ella de control y supervisión de estas formas de retribución para evitar sus efectos perversos. Por si fuera poco, se trataría de un riesgo sobre el que el concesionario no puede influir de ningún modo (las personas, en general, no deciden ir al médico en función de la calidad del servicio sino que van por necesidad) a lo que le sumamos que se trata de una demanda “cautivada” porque en nuestro sistema sanitario, reglamentariamente, cada ciudadano tiene asignado un único centro de referencia⁷⁴ por lo que no se puede “competir” con otros hospitales en pacientes.

⁷² “...cuando lo que el principal quiere lograr es un equilibrio en las acciones, lo óptimo será ignorar ciertos resultados a la hora de determinar la compensación del agente”. “Cuando una de las tareas del agente que se considere importante sea difícil de medir, debe de establecerse un sistema de incentivos de baja intensidad para todas las tareas”. (Traducción propia) Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström..., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

⁷³ Vid. VILLAR ROJAS, F.J., “La privatización de la gestión de los servicios sanitario públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, *Derecho y Salud*, vol. 17 extraordinario por el XVII Congreso “Derecho y Salud” celebrado en Pamplona en noviembre de 2008, p. 20.

⁷⁴ Si bien ya hay varias comunidades autónomas que han optado por sistemas de libre elección de centro sanitario y de médico como las comunidades autónomas de Castilla la Mancha, Valencia o Madrid, muchos de estos hospitales son remunerados en base a sistemas capitativos (prima por cada habitante de una determinada zona al año) lo cual hace irrelevante esa libertad de elección de los pacientes puesto que la variabilidad de demanda que esta libertad podría implicar o traer consigo no tendrá incidencia en estos centros en los que el gestor hospitalario es remunerado en función de un pago per cápita independiente de la demanda o uso que se haga del servicio. Para que pudiésemos verdaderamente hablar de riesgo de demanda en este ámbito, los concesionarios hospitalarios deberían ser remunerados en función del uso que

Así las cosas, conseguimos un resultado nefasto: incentivamos al concesionario en sentido contrario a los intereses de la Administración, y no ganamos tampoco en eficiencia porque, al ser un riesgo que el concesionario no puede controlar en absoluto, repercutirá en el precio dicha incertidumbre con toda seguridad. Por si fuera poco, dado que la prestación es gratuita para los ciudadanos (peaje en sombra) se fomenta una mayor utilización del servicio del ciudadano que no se ve frenado por el pago de un precio y tiende a hacer un uso abusivo de los servicios con la consiguiente incidencia en el gasto para la Administración que es quien paga. Mala decisión, se mire por donde se mire.

No obstante, si se opta por un pago fijo como sería el llamado pago '*per capita*' (precio estándar por habitante al año, con independencia de que use el servicio una, ninguna, o muchas veces), sí puede transmitirse el riesgo de oferta o suministro para impedir la indiferencia del concesionario con respecto a las faltas de suministro y compensar esa tendencia que puede tener de recortar en gastos lo máximo posible. Es decir, si a la Administración le interesa que no haya personas que se queden sin ser atendidas en un hospital cuando lo necesiten, lo lógico es diseñar una concesión con transmisión del riesgo de oferta. Esto es, habrá que diseñar una remuneración fija con penalización por cada falta de suministro o por cada paciente sin atender (o atendido tan tardíamente que equivalga a no haberlo sido). Aunque mejor que se haga una transferencia leve de este riesgo, es decir, que se transfiera lo necesario (un porcentaje bajo o no muy alto) para evitar su total desentendimiento en este aspecto pero que tampoco haga –como sucedería si transfiriésemos una gran cantidad de ese riesgo con penalizaciones muy graves– que el concesionario se obsesione solo con esta tarea y descuide otras como la atención personalizada, por ejemplo.

En este caso, a diferencia de lo que sucede con el riesgo de demanda, el concesionario sí puede influir de algún modo en el riesgo de suministro. Si bien no podrá evitarlo al cien por cien (puede haber picos de demanda que tengan origen en causas ajenas e imprevisibles), sí podrá mitigar ese riesgo mediante una mejor gestión: más personal,

hicieran de él los ciudadanos (es el caso de la tradicional retribución por acto médico, o de sistemas que se dan en otros países como la retribución por paciente; pero no del pago per cápita), y debería existir una competencia lo considerablemente amplia como para que efectivamente la demanda pueda variar (elasticidad de la demanda); con todo, aun en este supuesto sucede que la variabilidad de la demanda estaría limitada pues la frecuentación de los servicios sanitarios está en gran medida asegurada ya que se trata de servicios que no son una opción sino una necesidad de la cual los ciudadanos no pueden prescindir

mejor tecnología, mayor número de camas/quirófanos, ... De esta manera se conseguirá que el concesionario focalice parte de sus esfuerzos en tratar de evitar que esto ocurra pues de ello dependerá obtener una mayor o menor remuneración.

Por último, no procede tampoco transmitir el riesgo de disponibilidad en estos casos porque son considerados “contratos incompletos” (en términos económicos) en los que es imposible predeterminar vía contractual todos los aspectos en que debe consistir la prestación, dejando una serie de tareas “en blanco” o sin fijar en las que el contratista puede hacer, en la práctica, lo que quiera pues no tendrá consecuencias jurídicas. No se trata solo de que tenga una multiplicidad de tareas sino del problema específico de que hay indicadores que no se pueden predeterminar o pudiendo predeterminarse, no se puede comprobar su cumplimiento. Por ejemplo, ¿cómo comprobar que el diagnóstico, tratamiento y tiempo empleados en un determinado caso son los correctos? Se trata de situaciones donde no sólo hay una respuesta sino infinitas, por lo que no pueden estar todas previstas en el contrato, y tampoco son parámetros objetivos sino subjetivos que, una vez acaecidos, pueden ser valoradas diferentemente. Como ya señalábamos en otro apartado, en estos servicios hay veces que lo correcto es actuar con rapidez y otras en las que lo ideal es mantener al paciente en observación y actuar después. Estas decisiones solo pueden quedar en manos de los profesionales y no pueden objetivarse ni prestablecerse en un contrato como puede hacerse, sin embargo, con la puntualidad, la limpieza, o la calidad de los materiales en otros sectores.

2.2. Los riesgos en el servicio educativo

El sector de la educación es un sector con una reglamentación peculiar que hace inexistente el riesgo de demanda o frecuentación por varias razones. Por un lado, por ser la educación no solo un derecho sino también una obligación y, por otro, por estructurarse de tal forma que los usuarios, si bien en principio tienen libertad para elegir centro, estos en gran cantidad de casos tienen unas plazas limitadas que en la práctica restringen la variabilidad de la demanda hasta tal punto que podría considerarse inexistente. En la medida en que los ciudadanos no tienen opción de no llevar a sus hijos al colegio y la libre elección de centro está muy limitada por la existencia de un número de plazas determinado en cada colegio, no existe un auténtico riesgo de variabilidad del uso que pueda poner en jaque el negocio sino más bien lo contrario, éste está asegurado.

Siendo ésta la configuración jurídico pública del servicio, no sería recomendable establecer una remuneración de acuerdo a la demanda ya que dicha transferencia no tendrá efecto incentivador en el concesionario que es consciente de que tiene los alumnos asegurados. Al ser un servicio multidimensional, convendría más bien remunerar de acuerdo a una cantidad fija y transmitir una cantidad baja de riesgo de disponibilidad para asegurar la atención del concesionario en determinadas tareas mínimas que no puede descuidar. En este tipo de contratos no existe riesgo de suministro (es decir, no hay riesgo de que se quede demanda sin atender) pues la Administración se encarga de asegurar las plazas.

Otra cosa sería si pudiéramos hipotéticamente liberalizar esa demanda, no imponiendo un número de plazas fijas en cada centro, de manera que cada concesionario pudiera ampliar el número de alumnos hasta donde quisiera. En dicho caso sí tendría sentido transferir el riesgo de demanda, pues contribuiría a que los concesionarios buscaran mejorar el servicio desde todos los puntos de vista con el objetivo de atraer a más padres.

2.3. Los riesgos en el servicio de recogida de basuras

La prestación del servicio de recogida de residuos urbanos y de limpieza viaria es un servicio público obligatorio que se presta a usuarios determinados y sin competencia. La Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana declaró la imposibilidad de utilizar la concesión para la prestación de estos servicios ante la inexistencia de riesgo de explotación ya que no hay incertidumbre de la demanda⁷⁵. Sucede que al transmitir el riesgo de demanda en dichos casos no solo no se puede calificar el contrato como concesión porque no cumple con los requerimientos del riesgo operacional, sino que se anula el efecto incentivador que deben tener las transferencias de riesgos por lo que no se fomenta en el concesionario la intención de prestar mejor el servicio sino todo lo contrario: el de recortar lo máximo posible en gastos para obtener el mayor beneficio ya que sabe que no corre riesgo alguno y que haga lo que haga, la demanda la tiene asegurada.

⁷⁵ Informes 4/2011, de 22 de noviembre, y 4/2012, de 9 de mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana

Así, lo correcto sería transmitir el riesgo de suministro, esto es, penalizar por faltas de suministro que es lo que verdaderamente más interesa a la Administración: que la basura no deje de recogerse de las calles. Al no ser un servicio multidimensional, es aconsejable la transmisión de riesgos, no resulta peligroso que el concesionario se focalice excesivamente en esta tarea porque es la más (por no decir la única) importante.

2.4. Los riesgos en el servicio de abastecimiento de aguas

Sucede lo mismo que en el caso anterior por lo que lo más aconsejable sería la transmisión del riesgo de suministro pues lo que interesa es que no haya faltas de abastecimiento en los usuarios. Al estar la demanda cautiva debe descartarse la transmisión del riesgo de demanda. Además, el concesionario puede controlar ese riesgo ya que la mayor parte de los cortes no se debe a una falta de lluvias (que es evidentemente incontrolable) sino a problemas en las infraestructuras o de mantenimiento.

2.5. Los riesgos en el servicio de transporte

El servicio de transporte se caracteriza por ser un servicio unidimensional donde destaca una tarea principal que es la de realizar los recorridos requeridos. Es un tipo de servicio, por tanto, favorable a la traslación de riesgos que puedan incentivar esta conducta. El riesgo de demanda puede ser el ideal pues si el concesionario sabe que cobrará más por cada viajero intentará que el número de estos sea el mayor posible mediante un servicio de calidad, fundamentalmente mediante un transporte con la puntualidad y frecuencia deseadas por los usuarios para que lo utilicen habitualmente. Este esfuerzo del concesionario estaría en línea con el interés de la Administración de fomentar este medio de transporte para evitar tanto el tráfico como la contaminación de las ciudades. Así mismo, al tratarse de riesgos en los que el concesionario puede influir de algún modo, la repercusión del mismo en el precio será menor que si lo que se transfiere es un riesgo incontrolable. Ahora bien, dado que se trata de un servicio esencial para la movilidad de los ciudadanos, y dado que la demanda sí es considerablemente elástica (esto es, cambiante) la mayor parte de este riesgo deberá asumirlo la Administración para no poner en peligro el servicio⁷⁶.

⁷⁶ Criterio 3º) *vid. supra* p. 49 de este trabajo. La Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de Transportes Terrestres en la que se establecen las condiciones económico-financieras en que deben prestarse estos

Tampoco es descartable la transmisión del riesgo de suministro en alguno de estos servicios. Tal sería el caso de las penalidades por cada vez que no se pueda coger el metro, por ejemplo, porque va lleno. El control de este riesgo es más discutible porque habrá picos de demanda como los de primera hora del día probablemente inevitables; sin embargo, en sus manos está poder hacer algo para mitigar las consecuencias en tales casos: mayor frecuencia de los trenes, utilizar trenes más grandes o diseñarlos de manera que quepan más pasajeros...

Por último, a nuestro juicio, al no ser un contrato incompleto, admitiría también la transmisión del riesgo de disponibilidad. Bastaría con fijar en el clausulado del contrato el recorrido, horarios, y frecuencia mínima de los servicios. Su comprobación por la Administración es sencilla.

2.6. Los riesgos en los servicios deportivos o culturales

En este tipo de servicios, al no ser tan esenciales, no corresponde transmitir el riesgo de suministro (que se prevé normalmente para servicios en los que la falta de suministro pueda acarrear consecuencias graves). Lo más lógico es que se remuneren de acuerdo a la demanda para incentivar al concesionario a prestar servicios del agrado de los ciudadanos. En este tipo de servicios la conducta del concesionario sí puede influir en la demanda que es más elástica, por lo que la transferencia de ese riesgo no incrementaría, al menos en exceso, el precio del contrato.

Al ser contratos incompletos (en los que no se puede determinar exactamente lo que se busca mediante los mismos), no resulta adecuado transmitir el riesgo de disponibilidad.

2.7. Los riesgos en los servicios no públicos: el servicio de cafetería en instalaciones públicas

Al igual que en el caso anterior, estos servicios son en los que, por excelencia, procede transmitir el riesgo de demanda. Son servicios no esenciales que se prestan en el marco de un servicio que sí puede considerarse público y que contribuyen a mejorarlo. La

servicios cuando lo hagan indirectamente con la colaboración del sector privado corroboran este hecho al exigir en su art. 19.2 que las tarifas a que tenga derecho el contratista deberán calcularse de modo que permitan “*cubrir la totalidad de costes de explotación*”, “*una adecuada amortización de los activos necesarios para su prestación*” y “*un razonable beneficio empresarial*”.

transmisión de la incertidumbre de la demanda es la mejor fórmula para fomentar en el concesionario un interés por mejorar las prestaciones. En ellos no será necesario que la Administración cubra la mayor parte de dicho riesgo pues al no ser tan esenciales como otros, resultará menos peligrosa la posibilidad de quiebra. Son servicios liberalizados en los que el juego de la competencia maximiza el efecto incentivador de la traslación de este riesgo. Su control depende en gran medida del concesionario por lo que la repercusión en el precio será menor.

CAPÍTULO II

Génesis del riesgo operacional

I. ANTECEDENTES DOCTRINALES: LOS PRINCIPIOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y DEL RIESGO Y VENTURA COMO IDEAS CLAVE.

1.1. Introducción

Hablar de la novedad del riesgo operacional de las concesiones en la LCSP 2017 o del riesgo de los contratos públicos, en general, exige necesariamente hacer un estudio previo de los principios y reglas que arbitran tal cuestión en nuestro ordenamiento. El punto de partida no es otro que la tradicional y constante pugna de dos principios: el principio del equilibrio económico financiero y el principio del riesgo y ventura.

Como se explicará sucintamente (pues son muchos los pronunciamientos de la doctrina al respecto, de manera que nada nuevo podría aportarse en dicho sentido) la regla general del principio de riesgo y ventura –según la cual es el contratista el que sufraga las consecuencias negativas de los riesgos que pudieran acontecer durante la ejecución del contrato– se ve permanentemente matizada por una serie de excepciones o quiebras que –fundamentadas en el equilibrio económico del contrato– justifican la participación de la Administración mediante algún tipo de compensación económica al contratista. Así pues, los supuestos de *ius variandi* y *factum principis* así como la doctrina del riesgo imprevisible y los supuestos de fuerza mayor y revisión de precios apretarán pero no llegarán a ahogar al principio de riesgo y ventura hasta alcanzar un punto de equilibrio.

La relevancia de unos y otros ha sido fluctuante a lo largo de los años. De hecho, actualmente observamos como la aparición de un nuevo concepto como es el del ‘riesgo operacional’ en el seno de los contratos de concesión irrumpe con fuerza en el ámbito de la distribución de riesgos del contrato que hasta ahora se debatía entre estos principios y excepciones mencionados. Este trabajo tratará de determinar el alcance de dicha nueva incorporación así como su consolidación y diferencias con los principios ya existentes. Para ello, será necesario primeramente dejar mínimamente apuntado el sentido originario y la evolución de estas reglas predecesoras.

1.2. El principio de equilibrio económico del contrato: la importancia de la idea de equivalencia

Resulta imposible abordar la cuestión del riesgo sin hacer especial referencia a la equivalencia de las prestaciones sobre la cual se ha construido siempre el concepto de contrato⁷⁷. En efecto, tal y como afirma Ariño Ortiz: “*En el concepto mismo de contrato late, desde su nacimiento, una idea de equilibrio que preside la conjugación de intereses contrapuestos [...] Un principio de justicia conmutativa, de equivalencia o, si se quiere, de reciprocidad de intereses, debe presidir la relación*”⁷⁸. Esta idea de equivalencia o equilibrio entre las prestaciones de las partes va a estar muy presente en la gestación del concepto de contrato administrativo⁷⁹ así como en la del principio de riesgo y ventura característico de éste. Tanto es así, que puede decirse que el principio de riesgo y ventura es, fundamentalmente, una reacción jurídica que trata de establecer una forma de actuar general ante la alteración de la equivalencia que se produce en determinadas ocasiones a lo largo de la duración de un contrato. Es una regla general que tiene lugar en respuesta a un hecho objetivo como es la afectación del equilibrio económico de un contrato administrativo cuando tienen lugar acontecimientos que inciden negativamente en la economía de las prestaciones de una de las partes, rompiendo la equivalencia que se le presupone al contrato.

Tales acontecimientos son los conocidos como riesgos o ‘*aleas*’ del contrato, de cuya materialización se hace depender el equilibrio contractual pactado al inicio entre las partes y cuya imputación se disputa entre las mismas, siendo precisamente el riesgo y ventura

⁷⁷ Sobre dicha cuestión, vid. ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978; LÓPEZ JACOISTE, J.J., “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 832 y ss.

⁷⁸ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 3.

Resulta muy ilustrativa la llamada a la equidad o equivalencia de León Blum, comisario del gobierno, en el Arrêt Compagnie Générale Française des Tramways para justificar la indemnización debida al contratista tras una modificación unilateral del contrato ordenada por la Administración: “*Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que son acordadas al concesionario y las cargas que se le imponen [...] En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que es acordado en beneficio del concesionario y lo que se exige de él. Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*”. Apud BLANQUER CRIADO, D. *La concesión de ...*, op.cit., p. 1023.

⁷⁹ Sobre esta cuestión, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 41, 1963.

una de las técnicas desarrolladas para la distribución de dichos riesgos. Y es que el **principio de riesgo y ventura** no es la única solución jurídica formulada para dar cobertura a la quiebra de la reciprocidad de intereses que suponen los riesgos del contrato, pues el **principio del equivalente económico** así como, más adelante, el **principio del riesgo imprevisible**, han sido también concebidos como principios apaciguadores de esta problemática⁸⁰. Cuando se rompe esa idea de equivalencia en un contrato por la materialización de los *aleas*, estos criterios o principios determinan si las consecuencias de tal ruptura deben moderarse para el que la sufre o, si por el contrario, deben soportarse sus consecuencias negativas individualmente sin compartirse entre las partes. Según lo anterior, habrá ocasiones en que se entienda justificada esa ruptura de la equivalencia y se deje tal y como está, rota (principio de riesgo y ventura); y habrá ocasiones en las que ésta no se considere justificada y deba restituirse el contrato bien a su situación inicial, bien a una situación menos grave (principios del equivalente económico y del riesgo imprevisible, respectivamente). Los criterios en un sentido u otro que ha ido desarrollando la jurisprudencia y nuestro legislador dependen de la preferencia que, en virtud de las necesidades de cada momento, se ha querido dar a los distintos principios fundadores que entran en juego: equidad, justicia, seguridad jurídica, certeza presupuestaria, enriquecimiento injusto, culpabilidad, continuidad de los servicios, etc.

El principio del equilibrio económico financiero se encuentra recogido en varios artículos de nuestras normas de contratos (arts. 270 y 290 de la nueva LCSP y arts. 126.2 b), 127.2 2º, 128.3.2º del RSCL⁸¹) tanto para supuestos de riesgo imprevisible (cuyo reconocimiento positivo solo se da en el Reglamento) como para situaciones provenientes de la actuación de la Administración (*factum principis* y *ius variandi*)⁸². Su justificación la explica Badenes Gasset perfectamente: “[...] *si bien todo contrato implica un juicio valorativo del álea que se está dispuesto a correr, no tienen por qué respetarse contratos*

⁸⁰ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., pp.11 y 12.

⁸¹ Antiguos arts. 258 y 282 del TRLCSP.

⁸² Autores como ARIÑO ORTIZ se referían al principio del equilibrio económico financiero con la expresión de ‘principio de cobertura suficiente’ en clara referencia a la consideración de que la retribución económica de la concesión debía estar cubierta siempre y en todo caso para poder garantizar el interés general al que atendían. Invocaba a su favor, el art. 126. 2 b) del RSCL: “*El principio de ‘cobertura suficiente’ aparece consagrado en el art. 126 b) del RSCL, que establece el necesario mantenimiento en cualquier caso de la justa y adecuada retribución económica del concesionario; y ello, tanto si la alteración de las circunstancias se debe a la propia Administración o a causas imprevisibles ajenas a las partes*”. *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, pp. 71 y 72.

*cuya observancia constituye una lotería para una de las partes y la ruina para la otra, a causa de los cambios imprevisibles sobrevinientes [...]*⁸³. Pero es que, además, esta equivalencia entre las prestaciones adquiere una mayor relevancia en la concesión de servicios, la cual, como indica nuestro Tribunal Supremo, “*está dominada por un criterio fundamental*” que es el de “*mantener la continuidad de la prestación del servicio público*” de manera que “*cuando no se sostiene «la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige», para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión*”⁸⁴.

El principio puede decirse que adquirió el carácter de “básico” según la doctrina del Tribunal Supremo en el ámbito de las concesiones⁸⁵ hasta el punto de haber declarado nulas, en virtud del art. 116.3 del RSCL⁸⁶, las cláusulas que estableciesen la irrevisibilidad de las retribuciones de los concesionarios en el transcurso de la concesión⁸⁷. Considera el Tribunal que existe un auténtico deber de la Administración de revisar la retribución cuando la economía del contrato se haya roto, no pudiendo calificarse dicha revisión como una potestad de la Administración sino únicamente como una obligación de la misma⁸⁸.

Hasta tal punto se llevó la defensa de este principio en el contrato de concesión que existe jurisprudencia en la que se ha llegado a orillar el principio de riesgo y ventura al extremo: “*mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura [...] tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión*”⁸⁹. No obstante, esta postura fue calificada de “equivocada” por algunos autores como Blanquer Criado quien, citando a Albi, expone el absurdo de tan simple concepción del principio, debiendo hacerse una interpretación sistemática, y no aislada, del mismo para comprender su verdadero sentido, el cual no es

⁸³ BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946, p. 21.

⁸⁴ STS 1657/1986, de 20 de diciembre. (ROJ: STS 7263/1986)

⁸⁵ Entre otras, SSTs de 11 de julio de 1978 (ROJ: STS 2399/1978) y 234/1988, de 22 de febrero (ROJ: STS 1123/1988). En esta última se afirma que “*el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas es un principio básico de toda figura concesional*”.

⁸⁶ Art. 116.3 RSCL: “*Serán también nulas las cláusulas que establecieran la irrevisibilidad de las tarifas en el transcurso de la concesión ...*”

⁸⁷ SSTs 234/1988, de 22 de febrero (ROJ: STS 1123/1988) y 1690/1988, de 27 diciembre (ROJ: STS 9276/1988)

⁸⁸ STS 1690/1988, de 27 diciembre (ROJ: STS 9276/1988): “*revisar las tarifas no es una potestad de la Administración sino un deber de la misma para mantener en todo momento el equilibrio económico sin el cual las concesiones no pueden subsistir...*”.

⁸⁹ STS 137/1986, de 14 febrero. (ROJ: STS 13731/1986)

precisamente el de arrinconar el principio de riesgo y ventura a costa de una expansión excesiva del equilibrio económico, sino únicamente el de mantener con vida la concesión cuando ésta esté gravemente herida: “Partiendo de ese precepto reglamentario, [art. 127.2 2º del RSCL] se infiere que no procede el restablecimiento de la economía de la concesión cuando se trate de un simple desajuste que altere la identidad matemática, pero que no haga desaparecer un margen razonable de equilibrio de las recíprocas prestaciones, y por ello la situación no pueda reputarse como “ruptura” (aniquilamiento o devastación de la originaria base del contrato). No se trata de garantizar la exacta y matemática ‘equivalencia’ de las recíprocas prestaciones contractuales, sino que basta con asegurar un razonable ‘equilibrio’ en la economía de la concesión de servicio público”⁹⁰.

En la misma línea, el TS ha matizado también esa preponderancia del principio del equilibrio económico en las concesiones que en tiempos anteriores sí se defendía: “[...] el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito, que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la ‘res publica’, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”⁹¹.

Así por tanto, estos dos principios (equilibrio económico y riesgo y ventura) rigen la fase de ejecución de los contratos de la Administración. De su contraposición nace, o debería nacer, la medida adecuada de uno y otro: ni el contrato se puede convertir en un seguro gratuito donde toda consecuencia económica negativa quede eliminada, ni tampoco se le puede exponer a todas las vicisitudes y riesgos imaginables pues ello impediría cumplir con la necesidad imperiosa de garantizar el interés general⁹². Circunstancia ésta última que, como se sabe, no existe en la contratación privada.

⁹⁰ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1264 y 1265.

⁹¹ STS 1285/1987, de 9 octubre. (ROJ: STS 11303/1987)

⁹² “El concesionario puede perder buena parte de sus beneficios expectantes (es decir, el factor ‘ventura’ que implica todo contrato), pero no hasta el punto de que con ello se ponga en peligro la subsistencia del servicio porque, entonces, la compensación al concesionario surge como conducta debida por la Administración antes que como derecho exigible por el contratista (aunque lo uno y lo otro representen el haz y el envés de una misma actuación).” VILLAR EZCURRA, J.L. y MARFÁ BADAROUX, J., “Artículo 103. Revisión de precios”, en: ARIÑO ORTIZ, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Comares, Granada, 2005, p. 727.

El equilibrio económico financiero del contrato administrativo, por tanto, se consagra como el principio flexibilizador de la rigidez del principio de riesgo y ventura y el fundamento último en que radican todas las excepciones de este último. El riesgo y ventura, por su parte, establece los límites intraspasables a los que deberá quedar sujeta la exaltación de la idea de equivalencia del principio de equilibrio económico.

1.3. El principio de riesgo y ventura: la importancia de la fidelidad a lo pactado

1.3.1. Ámbito de actuación del principio de riesgo y ventura. La incidencia de la doctrina de la fuerza mayor en el contrato administrativo.

Resulta imprescindible entender el vínculo existente entre el principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos y la doctrina de la fuerza mayor para entender el nulo papel que ésta última ejerce en el campo de la distribución de riesgos.

El principio de riesgo y ventura ha sido erróneamente considerado desde sus orígenes un principio rector y característico de la contratación administrativa⁹³. Dicho principio se ha concebido como una aplicación exorbitante del derecho común⁹⁴, esto es, como una manifestación más de la *'puissance publique'* de la Administración, la cual, como es sabido, goza de una serie de prerrogativas o potestades públicas que le permiten servir debidamente los intereses generales. Así, ha calado la idea de que ese supuesto mayor rigor en la aplicación del derecho común en el contrato administrativo que parece proclamar el principio de riesgo y ventura se traduce en la obligación del contratista de cumplir con su prestación asumiendo convencionalmente los innumerables riesgos que pudieran materializarse a lo largo de la duración del contrato. De ser esto así, se anudaría al contrato administrativo un régimen *praestando casus*, esto es, abierto a todo evento o peligro que pudiera surgir, en contraposición a lo que ocurre en el contrato civil, el cual se rige por el principio *casus a nullo praestatur* contenido en el art. 1.105 del CC que defiende la falta de responsabilidad del contratista de aquellos hechos que se producen de

⁹³ Dese por aceptada la tesis que diferencia las figuras del contrato civil y el contrato administrativo. Sobre la polémica del concepto de contrato administrativo, por todos, *vid.* GARCÍA ENTERRÍA, E., “La figura del contrato...”, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; y BAÑO LEÓN, J.M., “La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites”, en: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, INAP, Madrid, 2004, pp. 11-29.

⁹⁴ Ariño Ortiz se refiere a esta especialidad del contrato administrativo como un especial “*rigor iuris*” que lo caracteriza. *Teoría del equivalente...*, *op. cit.*, p. 113.

manera fortuita⁹⁵. Según esta interpretación, el principio de riesgo y ventura colocaría al contratista en una situación claramente inferior a la de la Administración justificada en la protección de los intereses generales a los que ésta representa y en detrimento de la igualdad entre las partes del derecho civil.

No obstante, este supuesto “especial rigor” o mayor exigencia del contrato administrativo exteriorizado en el principio de riesgo y ventura no es más que el resultado de un especial empecinamiento u obstinación que posteriormente la doctrina ha desmentido. García de Enterría desenredó el desatino e identificó el error: se había atribuido al principio de riesgo y ventura un ámbito de actuación propio de otra institución, la doctrina de la fuerza mayor. Los pormenores de esta confusa relación se desarrollan en el trabajo de dicho autor al que nos remitimos⁹⁶, pero trataremos de resumir por qué el principio de riesgo y ventura (así como el resto de reglas tenidas tradicionalmente como características del contrato administrativo) “*no cumplen en realidad originalidad alguna, antes bien se limitan a aplicar los postulados propios de la dogmática civil*”⁹⁷.

En virtud de dicho principio se imputa al contratista la mayor onerosidad que pueda entrañar el cumplimiento de la prestación, lo cual en nada difiere de lo contenido en los arts. 1589 y 1590 CC para los contratos de obras. Según dichos artículos, como indica García Enterría, “*el contratista no puede dejar el contrato ni pedir aumento de precio convenido porque la relación de la obra por él prevista sobrepase la onerosidad por él prevista aun y cuando este exceso sea debido a causas supervinientes absolutamente objetivas y extrañas*”⁹⁸. El error reside, por tanto, en asignar al principio de riesgo y ventura un alcance mayor del que le corresponde situándolo más allá de la doctrina de riesgos, esto es, sobrepasando el campo de la onerosidad (donde el cumplimiento todavía es posible), para pretender hacerle desplegar efectos también en la teoría del incumplimiento exclusiva de la doctrina de la fuerza mayor⁹⁹.

⁹⁵ GARCÍA ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, nº 2, 1950, pp. 86 y 102.

⁹⁶ *Idem*

⁹⁷ *Ibidem*, p. 91.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁹⁹ Ariño Ortiz lo describe del mismo modo: “*El equívoco de toda esta doctrina y jurisprudencia consistía en referir el principio de riesgo y ventura a la teoría del incumplimiento, dándole por ello a la fuerza mayor en los contratos administrativos un alcance más limitado y concreto que en los de carácter civil, en los cuales la admisión de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento era plena y sin tasa, a través del art. 1.105 CC. En los contratos administrativos, en cambio*

Como señala García de Enterría, la doctrina de la fuerza mayor no es sino la enunciación de la teoría del incumplimiento o imposibilidad de prestación y consiste en responsabilizar o exonerar al contratista de la **no consumación de la prestación** cuando tienen lugar unos determinados hechos fortuitos. Por su parte, el principio de riesgo y ventura supone la plasmación de la teoría de los riesgos civil según la cual se determina a qué parte de las contratantes ha de imputarse la **mayor onerosidad** derivada de unos hechos fortuitos¹⁰⁰. Estos hechos, los denominados ‘hechos de fuerza mayor’ que se caracterizan por ser fortuitos e imprevisibles, son el único punto de contacto entre ambos principios. Es decir, se trata de un mismo tipo de hechos los que, una vez acontecidos, desencadenan bien la aplicación de la teoría del incumplimiento (doctrina de la fuerza mayor), bien la teoría de los riesgos (principio de riesgo y ventura). No obstante, la esfera de actuación de una y otra teoría es diferente. Mientras la fuerza mayor despliega sus efectos cuando se produce un incumplimiento del contrato, el riesgo y ventura se desarrolla cuando el cumplimiento es todavía posible pero se ha tornado más oneroso. En uno de los casos la problemática que se ha de resolver es la de a quién imputar las consecuencias del incumplimiento; en otro, la de quién debe pechar con el incremento de la onerosidad, respectivamente.

En virtud de lo anterior, estrictamente hablando, solamente puede hablarse de ruptura de la equivalencia material del contrato en el segundo de los casos, esto es, cuando todavía es viable el cumplimiento de la prestación a la que está obligada una de las partes pero la misma ya no resulta “equivalente” en comparación a los términos que se fijaron al inicio del contrato. El principio de riesgo y ventura es una solución jurídica a favor de la Administración en aquellas situaciones en las que se produce un desajuste en la reciprocidad de las prestaciones y que, por el contrario, no tiene lugar en los supuestos de aplicación de la doctrina de la fuerza mayor donde lo que sucede es un incumplimiento de las obligaciones del contrato. Ciertamente, el incumplimiento o la no prestación tendrá unas consecuencias negativas pero éstas no derivarían del desequilibrio de la equivalencia del contrato la cual, en tales casos, permanece intacta.

(se decía) el artículo 42 del Pliego de condiciones de 1903 [arts. 215 y 231 del TRLCSP] reduce los casos de fuerza mayor a los que categóricamente enumera.” ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, p. 122.

¹⁰⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Riesgo y ventura y fuerza ...", *op. cit.*

Así pues, la realidad es que un mismo hecho de los de fuerza mayor (fortuitos e imprevisibles) puede provocar tanto unos daños que no imposibiliten el cumplimiento de la prestación pero que la hagan más onerosa por lo que active el principio de riesgo y ventura, como una destrucción que efectivamente conlleve la imposibilidad de cumplir una prestación y active la doctrina de la fuerza mayor. Pongamos un ejemplo. Imaginemos que en el contexto de una concesión de servicio de transporte de viajeros tiene lugar un hecho fortuito como es el destrozo de varios autobuses debido a ciertos actos vandálicos. Dicho acontecimiento puede ocasionar un retraso o paralización en la prestación del servicio contratado, es decir, un incumplimiento del contrato y, por lo tanto, hacer que se active la doctrina de la fuerza mayor según la cual la concesionaria no deberá asumir económicamente las consecuencias por no poder reputarse el incumplimiento como culpable; o puede suceder a altas horas de la madrugada sin que, en consecuencia, se interrumpa el servicio pero se generen unos gastos adicionales de mantenimiento de la concesionaria que hagan necesaria la aplicación del principio de riesgo y ventura en cuya virtud se imputaría el exceso de la onerosidad a la concesionaria.

Por ello, entender el principio del riesgo y ventura como un endurecimiento del régimen civil, en concreto, como una prohibición de aplicar en el contrato administrativo la exoneración de la fuerza mayor del artículo 1105 CC¹⁰¹, es sencillamente un error. La doctrina de la fuerza mayor aplicada al contrato administrativo no difiere en nada, en contra de lo que se pueda pensar, del régimen civil. Muestra de ello es que en el art. 213.3 de la LCSP se condiciona la obligación del concesionario de indemnizar a la Administración a que el incumplimiento pueda reputarse culpable. Dicho artículo dice así: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

De lo anterior se infiere, que cuando el incumplimiento no sea culpable, es decir, sea debido a la fuerza mayor, el contratista no deberá indemnizar. Como puede observarse, esta responsabilidad subjetiva o por culpa del incumplimiento en el contrato administrativo es la misma que la contemplada para el civil en el art. 1105 CC que

¹⁰¹ “El sentido del riesgo y ventura consistiría justamente en la exclusión de la fuerza mayor como causa justificante del contratista contradiciendo el principio del art. 1105 del Código Civil”. Así explica García de Enterría la concepción mayoritaria del principio, concepción con la cual no comulga. *Ibidem*, pp. 84 y ss.

establece que nadie deberá responder de los hechos acaecidos fortuitamente: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables*”. Si bien el artículo no lo dice expresamente, se entiende que los sucesos de los que nadie responderá son aquellos que den lugar a un incumplimiento. Y esto porque, de lo contrario, carecería de sentido lo establecido en el art. 1091 CC que dice así: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”. Esta clara alusión al principio de *contractus lex* del que nace el de riesgo y ventura, y que consagra la fuerza de ley que tiene el contrato para las partes, revela que cuando las obligaciones puedan cumplirse (es decir, nos encontramos pues en la esfera de la mayor onerosidad con posibilidad de prestación) deberá hacerse bajo las condiciones establecidas en el contrato, descartando la posibilidad de que alguna de las partes sea exonerada del deber de cumplimiento o indemnizada bajo la justificación de un desequilibrio contractual.

Así pues, la doctrina de la fuerza mayor es idéntica tanto en contratos administrativos como privados: cuando se incumpla el contrato sin culpa, el contratista quedará exonerado de responsabilidad (art. 213.3 LCSP, sensu contrario; y art. 1105 CC).

Por su parte, la doctrina de los riesgos civil es igual de exigente con el contrato privado, que el principio de riesgo y ventura con el contrato administrativo: cuando el contrato se vuelva más oneroso o caro para el contratista (ruptura de la equivalencia) por contingencias sobrevenidas al contrato, el contratista deberá asumir las consecuencias sin derecho a ser indemnizado (art. 197 LCSP y art. 1091 CC). Incluso podría decirse que es más severo el régimen civil que el administrativo pues como García de Enterría asegura, éste último incluso atenúa el rigor del ordenamiento común al respecto “*al señalar cuatro excepciones a la carga normal del riesgo, excepciones que el contrato civil desconoce*”¹⁰². Las cuatro excepciones a las que se refiere son las que a día de hoy se resumen en tres en el art. 239 al que reenvía el art. 197 de la LCSP (*incendios causados por electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos y destrozos ocasionados violentamente en tiempos de guerra, robos tumultuosos, o alteraciones*

¹⁰² *Ibidem*, p. 91.

graves del orden público) y que se desarrollarán en el apartado correspondiente a las quiebras del riesgo y ventura.

En definitiva, puede afirmarse que el riesgo y ventura no es más que la consecuencia lógica de la aplicación de otro principio tan común en el ordenamiento civil como es el de *contractus lex* contenido en el art. 1.090 CC¹⁰³ con la única particularidad de que se ha venido defendiendo tradicionalmente con un especial ímpetu por la Administración, doctrina y jurisprudencia por motivos, como se verá, eminentemente presupuestarios.

Nos parece especialmente acertado el apunte que hace Ariño Ortiz en referencia a este empeño por significar al contrato administrativo por un mayor rigor no solo inexistente sino incluso inferior al del derecho común¹⁰⁴: *“Esta afirmación [la de que el riesgo y ventura no es algo singular del contrato administrativo] sin embargo, estuvo precedida de una larga etapa de confusión doctrinal y jurisprudencial, provocada por el peso de una tradición secular que seguía afirmando sin mayor fundamento el rigor iuris del contrato administrativo. El principio de riesgo y ventura se convierte en un auténtico mito que opera por tradición y cuya fuerza de inercia empujará a la doctrina y jurisprudencia a conclusiones equivocadas”*. *“Se comprueba muchas veces en el Derecho lo que en el mundo físico: la fuerza irresistible de la inercia. Arrastres históricos de técnicas jurídicas, que poco a poco pierden su significado, según el ritmo cambiante de las condiciones económicas, políticas, sociales, del marco en que nacieron, y que, sin embargo se mantienen por virtud de esa inercia en el campo doctrinal o jurisprudencial desconectado de su legalidad de origen”*¹⁰⁵. *“No deja de ser, por tanto, una especie de mito afirmar que la contratación administrativa –frente a la civil- se encuentra presidida por el “riesgo y ventura”. Es completamente al contrario, porque las quiebras a ese principio son constantes (a Dios gracias) y hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido”*¹⁰⁶.

¹⁰³ “El principio de riesgo y ventura, de que blasona el contrato administrativo, no es sino la enunciación de un principio superior, por lo demás, común: la inmutabilidad del *contractus lex*”. *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁴ “[...] puede parecer sorprendente llegar a la conclusión de que el «riesgo y ventura» propio de este contrato es mucho más benigno que el que se ha visto es propio del contrato civil...”. *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, pp. 120 y 121.

¹⁰⁶ ARIÑO ORTIZ, G., “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, *Círculo de Derecho Administrativo*, nº7, 2009, p. 18: “La historia del riesgo y ventura en la contratación administrativa es más la historia de un mito que de una realidad. Tiene su origen en el santo temor al déficit de la Hacienda del siglo XIX, parca en recursos y con la preocupación constante de conocer de antemano los gastos que comportaba cada contrato. Es un principio que no se encuentra tanto

Tal es el sentido con el que debe abordarse el análisis del principio. Su origen, fundamento, alcance, evolución y quiebras han de interpretarse siempre desde esta perspectiva igualadora con el régimen civil que le priva de carácter exclusivo pero no por ello de su configuración como principio rector, pues no es menos cierto que su existencia tiene la indudable utilidad de sentar el criterio más elemental que puede darse en materia de distribución de riesgos: a quién imputar, como regla general, el acaecimiento de un riesgo en el transcurso del contrato. Punto de partida, por tanto, para toda postura que aspire a su estudio o comprobación.

1.3.2. Origen y consolidación del principio

En términos generales puede decirse que el principio del riesgo y ventura encuentra sus raíces más profundas en un conjunto de circunstancias y necesidades histórico-sociales que comparte con el contrato civil¹⁰⁷. No obstante, además, su surgimiento y consolidación en el ámbito de los contratos públicos está íntimamente ligado a las necesidades de la Hacienda Pública. Resulta de vital importancia no perder de vista esta perspectiva contable del riesgo en los contratos administrativos pues es la que va a marcar la senda de su evolución y la que sigue influyendo en el riesgo de los contratos en la actualidad.

a) Antecedentes del principio en el derecho romano: la *aequitas*

Si bien nuestro derecho romano no se caracterizó por la búsqueda de una equivalencia material u objetiva entre las prestaciones del contrato, no concebía, sin embargo, que en general los riesgos no imputables a ninguna de las partes fueran asumidos por una de ellas de manera indiscriminada. Por esa razón, la solución romana pasaba por adecuar la

reflejado en los Pliegos como en las Leyes de Contabilidad, lo cual muestra, en muy buena medida, su origen y sentido presupuestario. El “riesgo y ventura” es una herencia histórica. Pero cuando la contratación administrativa se sustantiviza (se construye y teoriza desde su propio suelo) se advierte que, cabalmente, la contratación administrativa se encuentra presidida por un principio completamente opuesto, como es la búsqueda del precio justo”, cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico y en el propio Derecho Español anterior a la codificación. No deja de ser, por tanto, una especie de mito afirmar que la contratación administrativa –frente a la civil- se encuentra presidida por el “riesgo y ventura”. Es completamente al contrario, porque las quiebras a ese principio son constantes (a Dios gracias) y hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido”.

¹⁰⁷ “Cuando nos retrotraemos en la historia advertimos cómo los contratos que suscribía la Administración Pública acogían en su seno gran parte de toda la construcción dogmática de los negocios jurídicos privados”. FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de riesgo y ventura*, Marcial Pons, 2018, p. 134.

distribución de riesgos al caso concreto, huyendo de la elaboración de un criterio genérico, y aplicando el concepto de la *aequitas* o equidad. Esta *aequitas* orientaba la forma de tratar una situación aleatoria o fortuita no atribuible a ninguna de las partes¹⁰⁸ propugnando la solución que resultara más justa con independencia de lo que materialmente se considerara equivalente¹⁰⁹.

Durante esta etapa del derecho, la problemática de la distribución de riesgos del contrato, que por aquel entonces se ceñía al supuesto de *periculum rei* (riesgo por daños o destrucciones), se solventaba en términos de justicia y equidad con la búsqueda de la solución más justa caso por caso pero no buscando la equivalencia de las prestaciones. No obstante, en el supuesto concreto de la *locatio operis* (arrendamiento de obra) la regla general sí era la de hacer responsable al contratista de la pérdida o daño que se produjera durante la custodia, esto es, hasta la entrega de la obra.

b) Derecho de las Partidas: equivalencia material de las prestaciones

Durante el derecho posterior, se produjo una generalización de la lesión *ultra dimidium* a todos los contratos, incluyendo el comprador (antes excluido) que hubiera pagado un precio excesivo por una cosa. La razón de la extensión de dicha técnica tuvo un claro influjo canónico. Eran tiempos en los que el derecho se había cristianizado y por ello, la máxima del *iustum pretium* como materialización de la buena fe del derecho se convirtió en el principio rector de todo contrato¹¹⁰. Ahora sí se buscaba una equivalencia objetiva entre las prestaciones de las partes. La traslación de tal exigencia a los contratos de obras pronto evidenció ciertas debilidades pues los abusos por parte de los contratistas expertos

¹⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p.25.

¹⁰⁹ Los únicos supuestos en los que en derecho romano sí se exigía la equivalencia material de las prestaciones eran los relativos a los casos de rescisión del contrato por lesión (lesión '*ultradimidium*') que era tratada como una auténtica excepción limitándose al supuesto de menores cuya inexperiencia pudiera haber influido en la aceptación de un precio considerablemente inferior al debido, así como al de determinados vendedores que pudieran haberse visto obligados a tal cesión en el precio por motivos de urgente necesidad de venta. Fuera de dichos supuestos, la equivalencia prestacional proclamada en el derecho romano era puramente formal. La acción de rescisión por lesión '*ultradimidium*', en la actualidad únicamente aceptada por los derechos forales de Cataluña y Navarra, consiste en el derecho del vendedor a solicitar la resolución del contrato cuando hubiera traspasado un bien inmueble por menos de la mitad de su precio en el mercado, pudiendo quedar enervada la acción si el comprador accediese al pago de lo que restase hasta alcanzar el precio considerado justo. Lo que se pretende lograr con esta acción es un cierto equilibrio objetivo entre las prestaciones de las partes, de ahí que su reconocimiento revele la inclinación mayor o menor de un determinado ordenamiento por esta forma de entender la equivalencia desde el punto de vista material y no meramente formal.

¹¹⁰ VILLAR EZCURRA, J.L. y MARFÁ BADAROUX, J., "Artículo 103. Revisión ...", op.cit. p. 860.

en su oficio, a los que poco les costaba justificar un aumento de precios con el objetivo de solicitar bien el pago del incremento bien la resolución, supuso la necesaria exclusión del régimen de la lesión para los contratos de obras en la Nueva Recopilación. De este modo, la equivalencia de las prestaciones, que era una máxima en el resto de contratos, en los de obras se convertía en una excepción. Así, el eventual desequilibrio que pudiera tener lugar con posterioridad a la conclusión del contrato debido al incremento del valor de las obras, era un riesgo asumido por el contratista experto, pudiendo no cumplirse con el *iustum pretium* por los motivos prácticos mencionados.

Por su parte, el régimen relativo al *periculum rei* se mantuvo en las Partidas en consonancia con el derecho romano, pero esta vez, estableciendo un principio de responsabilidad por culpa estricta en el que el contratista asumía los perjuicios de los daños y destrucciones en cualquier supuesto en los que pudiera advertirse someramente su culpa, aun de forma estrictísima.

c) La positivación del principio en la Nueva Recopilación: la seguridad de los ingresos fiscales

Desde los tiempos más antiguos de la monarquía española empiezan a tener lugar las primeras contrataciones públicas (o también llamadas de la Corona o del Fisco) con los arrendamientos de rentas reales¹¹¹. Es en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla del 14 de marzo de 1567 cuando se recogen oficialmente en un cuerpo legal por el rey Felipe II. Por medio de estos contratos se concedía al arrendatario el derecho a recaudar los tributos y rentas públicos obteniendo a cambio para su disfrute la diferencia resultante entre las cantidades cobradas y los pagos estipulados al erario. Frente al régimen privado, este tipo de contratos con el Fisco (contratos públicos) justificaron la creación de un régimen especial fundamentado en la aparición de necesidades no tenidas en cuenta en el régimen privado. Nos referimos especialmente a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de los ingresos fiscales. Aquellos eran contratos cuyo objeto consistía en la recaudación de impuestos o tributos que necesariamente debían integrar las arcas

¹¹¹ Dichos contratos fueron intensamente criticados por la opinión pública ante los abusos de los recaudadores, aun así la figura perduró durante varios siglos: “*El sistema de recaudación de rentas de la corona estuvo en boga desde los tiempos más antiguos de la monarquía española. Fernando VI dictó las primeras disposiciones aboliendo el sistema y sustituyéndolo por el de administración directa, pero el hecho es que el sistema pervivió durante toda la primera mitad del siglo XIX...*” ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 42.

públicas, lo cual irremediablemente llevó a considerar la aplicación del principio de riesgo y ventura con todo su rigor de forma que la excepción del principio era a título de gracia y ni siquiera cubría el supuesto de *factum principis*. Lo que en el régimen privado se consideraba fundamental (*iustum pretium*/equivalencia), en el régimen especial público pasaba a un segundo plano ante la prevalencia de la seguridad jurídica que el derecho presupuestario exigía.

La Nueva Recopilación constituye la primera positivación del principio de manera expresa y lo hace para los arrendamientos de rentas reales. Así lo acogió el Consejo Real que fue desarrollando el principio mediante su jurisprudencia de manera que acabó extendiéndose no solo a los arrendamientos de rentas sino también al resto de contratos: arrendamientos de propios, conducción de efectos, suministros, ... Todos asumieron la aplicación del principio de riesgo y ventura. En el caso del contrato de obras, la evolución fue diferente.

d) El desarrollo del principio en el contrato de obras: de excepción a principio rector

El principio de riesgo y ventura se expandió con rapidez en los contratos del Fisco amparándose en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica financiera de la Hacienda Pública mientras en el régimen general privado la regla general era la equivalencia de las prestaciones¹¹².

No obstante, el contrato de obra, a pesar de su condición de contrato de la Administración, no se adhirió al criterio imperante del riesgo y ventura en esos contratos sino que se configuró en sus inicios como una excepción a dicho régimen especial de la contratación administrativa. La razón no era otra que la de contentar a los ciudadanos mediante la realización de proyectos que demostraran la utilidad de una buena Administración. Eran tiempos en los que se buscaba la consolidación de ésta, para lo cual el fomento de la participación privada en ciertos proyectos de obras mediante la compartición de riesgos con la Administración era fundamental. No podía por tanto imponerse en dicho ámbito la

¹¹² Dicha equivalencia se materializaba en la responsabilidad por culpa en el supuesto de *periculum* y apreciación de la lesión sobrevenida por aumento de precios. Es decir, el contratista no asumía las consecuencias ni de las destrucciones o pérdidas en las que no mediara su culpa (es decir, se le indemnizaba por todo caso fortuito), ni de las subidas de precio que alteraran la ecuación económica del contrato. Solo se le hacía responsable de incurrir en error de cálculo y en los demás casos se le indemnizaba.

aplicación del riesgo y ventura, claramente perjudicial para los contratistas que participaran. A ello se le sumó una explicación más dogmática que tenía que ver con la concepción del contrato de obras como un contrato tradicionalmente oneroso y conmutativo en el que la idea de equivalencia cobraba una especial y mayor importancia que en los contratos de arrendamiento, por ejemplo, en donde el elemento aleatorio es mucho más evidente. En el contrato de obra pesaba, y aun lo hace, el pensamiento de que uno debe recibir el precio de la obra efectivamente realizada. Al tener como resultado la construcción de una obra objetivamente y físicamente valorable, se hace mas necesaria la idea de obtener a cambio un precio justo.

Sin embargo, tras la Instrucción de 1845 que promovía la contratación de obras por el Estado en sustitución de la prestación directa, se evidenció la necesidad de empezar a plantearse la aplicación del principio de riesgo y ventura también en el contrato de obras unificando así este principio para toda la contratación administrativa. El sistema de series de precios que instauró el pliego de 1846 –según el cual se fijaban de manera detallada los precios de cada uno de los elementos que pudieran componer la obra, quedando el precio por unidad determinado a *posteriori* en función de los elementos finalmente utilizados y en la cantidad que hubiera sido necesaria – si bien era mucho más equitativo también dificultó y encareció el coste de las obras para la Administración que era la que asumía el riesgo.

Tras un intenso debate desarrollado en el Congreso sobre la aplicabilidad del principio de riesgo y ventura también a estos contratos finalmente se impuso la necesidad de seguridad financiera instaurando el sistema de precio alzado.

De todo lo anterior se desprende que el principio de riesgo y ventura además de ser el resultado de aplicar el principio de *contractus lex* como señalan algunos autores¹¹³, también es la consecuencia directa de dar prevalencia a lo largo del tiempo a unas exigencias presupuestarias determinadas que influyeron, y mucho, en la consolidación de dicho principio en la contratación pública¹¹⁴.

¹¹³ GARCÍA ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor...”, *op. cit.*, pp. 87 y 92.

¹¹⁴ FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del...*, *op. cit.*, p. 135.

e) El Estado Liberal: expansión del riesgo y ventura en virtud de la libertad de pactos

Este enaltecimiento del riesgo y ventura en la contratación administrativa se mantuvo sin dificultades durante la etapa del Estado liberal. Según la lógica de este momento, la incuestionable libertad de la que gozaban los individuos en la celebración de los contratos suponía que el resultado del acuerdo que alcanzaran siempre era justo y equilibrado en sus términos económicos, y por ello justificaba la exigencia del principio de riesgo y ventura con todas sus consecuencias. Lo importante no era que lo que se pactara fuera justo o no, sino que no adoleciera de vicios en la formación de la voluntad¹¹⁵. Es decir, que como consecuencia de la filosofía del momento, los contratos (civil y administrativo) debían ser cumplidos tal y como había sido pactados, *“la mayor o menor onerosidad del negocio jurídico, no habilitaba a las partes para solicitar la revisión por lesión”*¹¹⁶. Si a esta argumentación le sumamos la preocupación por mantener la estabilidad presupuestaria de la Hacienda pública que lleva aparejada la contratación administrativa, obtenemos un régimen general según el cual, salvo que concurriera una causa de fuerza mayor tipificada, *“las incidencias sobrevenidas que [pudieran] acaecer durante el cumplimiento de la concesión de servicio público, no [podían] justificar un incremento del gasto público originariamente previsto”*¹¹⁷.

f) El Estado Social: mitigación del riesgo y ventura en favor de la garantía de los servicios públicos

Como señala Blanquer Criado, la gran proyección que el riesgo y ventura llegó a alcanzar durante el Estado Liberal experimentó, sin embargo, un claro retroceso durante la etapa del Estado social en aras de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos, la cual debía llevarse a cabo sin interrupciones provocadas por circunstancias sobrevenidas y ajenas a los contratantes¹¹⁸. Se toma conciencia, en ese momento, de la necesidad de dar cierta cobertura no tanto a los riesgos propios de la gestión empresarial

¹¹⁵ Cfr. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de ...*, op.cit., pp. 1251 y 1252.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1255.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 1255.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 1251.

sino a los perjuicios derivados de hechos extraños al contrato que sobrevinieran a la formalización del mismo¹¹⁹.

Surge así en el siglo XX el principio del equilibrio económico financiero propiamente dicho (para algunos, principio de cobertura suficiente) en contraposición al de riesgo y ventura, en lo que algunos autores consideraron un cambio de paradigma¹²⁰. Dado que, en un primer momento, dicho principio se impulsó de un modo un tanto desproporcionado (considerándolo prácticamente una garantía absoluta de la retribución del concesionario frente a cualquier alteración imaginable¹²¹), se trató de limitar los excesos de dicha exaltación de la idea de reequilibrio mediante la consolidación de medidas concretas que mitigaran el riesgo y ventura: *factum principis* (perjuicio derivado de la actuación de la Administración contratante), *ius variandi* (modificaciones contractuales) y riesgo imprevisible (perjuicio derivado de acaecimientos imprevisibles y ajenos a las partes), con la reparación integral del daño para el primer y segundo caso, y la reparación parcial para el tercero.

g) La lucha ministerial por la competencia legislativa en materia de contratación.

El dogma de que la Administración no puede comprometerse al pago de algo para lo que no exista una partida presupuestaria prevista y suficiente impone, necesariamente, la otra cara de la moneda del principio de riesgo y ventura: la certeza del precio. Únicamente mediante un precio total, fijo e inamovible puede conseguirse tal exigencia de previsión contable.

Este acuciante interés de la Hacienda Pública por garantizar la inalterabilidad del precio total de los contratos, ha dado lugar a una larga lucha entre el Ministerio de Hacienda y los restantes departamentos ministeriales (con especial participación del de Fomento) por

¹¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1969: “Respecto al concepto de riesgo y ventura, no ha de confundirse el que corre el contratista, a sus expensas, de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de ejecución, con el caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al contrato que afecten a la relación contractual y alteren su curso”.

¹²⁰ Apud BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de ...*, op.cit., p. 1263.

¹²¹ “El principio de ‘cobertura suficiente’ aparece consagrado en el art- 126 b) del RSCL, que establece el necesario mantenimiento en cualquier caso de la justa y adecuada retribución económica del concesionario; y ello, tanto si la alteración de las circunstancias se debe a la propia Administración o a causas imprevisibles ajenas a las partes”. ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios ...*, op. cit. pp. 71 y 72.

adjudicarse la competencia en materia de contratación. El primero, con la firme intención de asegurar la ya mencionada imposibilidad de que la Administración contrate con precios inciertos que la puedan exponer a ulteriores gastos no previstos o disponibles; los segundos, partidarios de una mayor flexibilidad, con la argumentación de que la regulación contractual es materia de naturaleza eminentemente administrativa y, como tal, propia del ámbito competencial de todos aquellos ministerios que deban contratar para la gestión de los servicios públicos que les correspondan. Tan intensa pugna se ha plasmado en las sucesivas normas que uno y otros han ido promoviendo como reivindicación de su atribución competencial, con la final victoria del Ministerio de Hacienda¹²².

Tras lo expuesto, no puede obviarse que en la consolidación del principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa concurre, además del principio clásico del *contractus lex*, un especial interés de la Hacienda Pública por arrogarse el control del gasto contractual público que no existe en la contratación civil y que hace que su origen sea, por tanto, también consecuencia de los postulados presupuestarios.

¹²² Para conocer los pormenores de dicho proceso de lucha entre ministerios, *vid.* VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., "Artículo 98. Principio de riesgo y ventura", en: Ariño Ortiz, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Comares, Granada, 2005, p. 698 y ss. A modo de resumen pueden destacarse, sin ánimo de exhaustividad, las normas más representativas de dicho duelo: la primera referencia de relevancia la encontramos en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo, que nació con una clara vocación de norma con rango de ley pero que, por motivos de urgencia, fue tramitado como Real Decreto. Con él, el ministro estableció un modelo de contratación pública para obras y servicios que ofrecía, por primera vez, ciertas garantías contra los abusos y la corrupción en este ámbito. Hasta dicha fecha, lo que existía era una multiplicidad de reales decretos y órdenes procedentes de diferentes ministerios que abordaban algún aspecto del proceso contractual de manera anárquica. Más adelante, el proyecto de Ley Azcárraga y Palmero fracasó y con él, la atribución legislativa que éste hacía a todos los departamentos ministeriales. La Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 de Tirso Rodríguez supuso el inicio de la victoria de la Hacienda Pública al introducir en su capítulo V la regulación relativa a la contratación de obras y servicios; no obstante, si bien la inclusión de un capítulo de la materia disputada en una norma de naturaleza contable ya reflejaba una valiosa asignación de su competencia reglamentaria a dicho ministerio, todavía necesitó de la concluyente Ley de Contratos del Estado y de la reafirmación que supuso la creación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como órgano de dicho Ministerio para otorgarse, definitivamente, la misma. Desde entonces hasta el presente, las normas sobre contratación administrativa que se han ido sucediendo (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, LCAP; Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 2000, TRLCAP; Ley de Contratos del Sector Público del 2007, LCSP; Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del 2011, TRLCSP; y actual Ley de Contratos del Sector Público del 2017, LCSP) han sido promulgadas por el actualmente llamado ministerio de Economía y Hacienda.

1.3.3. Alcance del principio

El desarrollo del principio de riesgo y ventura a lo largo de las diferentes normas de contratos que se han ido sucediendo hasta la actualidad favorece la certeza del precio y la seguridad jurídica, y por ende, cumple con la necesidad de previsión de la Hacienda Pública¹²³. Sin embargo, al mismo tiempo, las diferentes leyes de contratos y la jurisprudencia han ido progresivamente atenuando el rigor de tan rígido e irreal principio¹²⁴ con la incorporación de múltiples excepciones impulsadas por la práctica interesada en su descompensación en la búsqueda de una mayor justicia o equivalencia material de las prestaciones que favorezca la continuidad de los servicios públicos. Algunas de éstas excepciones se fueron plasmando en las correspondientes leyes de contratación, como es el caso de la fuerza mayor, la revisión de precios y el principio del equivalente económico del contrato derivado del *ius variandi* de la Administración o del *factum principis*; mientras otras han alcanzado su culmen como doctrina jurisprudencial, tal y como sucede con la teoría del riesgo imprevisible, también llamado principio de cobertura suficiente¹²⁵.

Dado que no existe una definición legal que proporcione información acerca de lo que el riesgo y ventura efectivamente es¹²⁶ (aproximación en sentido positivo), habrá que estar, para determinar el contenido del principio, a lo que la doctrina y jurisprudencia consideran que el riesgo y ventura no es, o no implica a partir del estudio de sus excepciones o quiebras. Esto es, se trata de lograr una definición del contenido positivo del principio a partir de una aproximación al mismo en sentido negativo (es decir, *sensu contrario*). Dicen Villar Palasí y Villar Ezcurra que “*un breve repaso a las decisiones judiciales nos pone de manifiesto que, normalmente, cuando se trae a colación el riesgo*

¹²³ “[...] el principio de riesgo y ventura está vinculado a la certeza en la realización del gasto público en los términos presupuestados”. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de ...*, op.cit., p. 1255.

¹²⁴ Calificamos de irreal y rígido al principio de riesgo y ventura precisamente por la alusión que hace Ariño Ortiz a este fenómeno mitigador afirmando que el riesgo y ventura ha sido vulnerado “*por todos los lados en la realidad*” por la propia Administración y los Tribunales para escapar de su rigor. ARIÑO ORTIZ, G., *Principio del equivalente...*, op. cit., p. 177.

¹²⁵ Si bien, como se verá más detalladamente, la doctrina de la imprevisibilidad del riesgo no ha sido expresamente recogida en la normativa estatal de contratos, sí tiene encaje, sin embargo, a nivel local mediante su reconocimiento en el art. 127.2.2º b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

¹²⁶ El art. 197 de la LCSP 2017 únicamente establece lo siguiente sobre el principio: “*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239*”.

y ventura es para apreciar la existencia o no de una causa exonerante del mismo”¹²⁷. De ahí que el estudio de las exoneraciones cobre una relevancia vital en tanto en cuanto, aquello que no esté excepcionado podrá entenderse que está incluido en el concepto de riesgo y ventura.

La consolidación del principio de riesgo y ventura en el contrato administrativo goza de un arraigo pacífico. Lo que ha sido objeto de mayores debates entre la doctrina y la jurisprudencia ha sido siempre su delimitación más o menos amplia pues, según algunos autores, las mencionadas exoneraciones han ido erosionando su eficacia y virtualidad hasta convertirlo en un principio endeble, si bien no puede dejar de reconocérsele su resistencia en el tiempo a pesar de los embates y acotaciones, lo que reafirma, aun más si cabe, su existencia y operatividad. Villar Palasí y Villar Ezcurra afirman que el principio de riesgo y ventura “*tiene tal cantidad de excepciones que se disipa en un mero ‘flatus vocis’*”¹²⁸ considerándolo “*una simple directriz general, absolutamente plagada de excepciones mediante la que pretende hacerse alusión a la certidumbre del precio*”¹²⁹. En la misma línea, Villar Ezcurra junto con Marfá Badaroux establecen que las quiebras al principio son tales “*que puede llegar a decirse que se ha transformado en algo residual que entra en juego cuando no existe una excepción al mismo*”¹³⁰. Otros autores como Moreno Gil, sin embargo, consideran que más que una auténtica quiebra lo que se produce es una “*concreción a rasgos más definidos y a límites más estrictos*” del concepto de riesgo y ventura el cual funciona perfectamente una vez se deshace de cargas indebidas¹³¹. Y es que parece un tanto desproporcionado subestimar de ese modo un principio que sin duda tiene un ámbito de aplicación propio como demuestran la infinidad de sentencias que rechazan la aplicación de las causas de exoneración alegando precisamente la pertinencia y operatividad del principio de riesgo y ventura¹³².

¹²⁷ VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., "Artículo 98. Principio...", *op.cit.*, p. 713.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 712 y 713.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 694.

¹³⁰ VILLAR EZCURRA, J.L. y MARFÁ BADAROUX, J., "Artículo 103. Revisión...", *op.cit.*, p. 857.

¹³¹ MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1979, p. 50.

¹³² Los ejemplos son infinitos, baste citar algunas relacionadas con la concesión de autopistas en las que se declara que tanto la merma de flujos de vehículos (riesgo de demanda) como la crisis económica en general, o la construcción de nuevas autopistas por la Administración, son reconducibles al principio de riesgo y ventura que rige en la contratación administrativa y deben, por tanto, asumir sus consecuencias las concesionarias. SSTs de 19 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9063/2011), de 4 de febrero de 2014 (ROJ: STS 952/2014), de 28 de enero de 2015 (ROJ: STS 956/2015). No obstante, son muchos como decimos los

Teniendo en cuenta, por tanto, que el principio de riesgo y ventura efectivamente tiene su aplicación en la actualidad a pesar de las continuas exoneraciones, centraremos el análisis en la delimitación de qué actuaciones o situaciones se entienden comprendidas en dicho principio y cuales constituyen alguna de las excepciones. Es decir, ¿a qué riesgos se hace referencia con la expresión ‘riesgo y ventura’ y qué riesgos configuran las ‘quiebras’?

a) El principio de riesgo y ventura según la doctrina

Villar Palasí da la clave señalando la imprevisibilidad como elemento decisivo a partir del cual el principio de riesgo y ventura se quiebra: “*supuestos imprevistos que alteren las condiciones económicas de ejecución de un contrato*”¹³³. Por su parte, Ariño Ortiz hace una primera aproximación, sin ánimo de exhaustividad, en un intento de concretar teóricamente los riesgos atribuibles a una y otra parte del contrato. Señala que los riesgos integrados en el riesgo y ventura son aquellos que se consideran “*normales de toda empresa del mismo tipo*” que por ello han sido “*previstos por el contratista y tomados en cuenta a la hora de calcular su prima de oferta*”, así como los riesgos “*no ordinarios de la empresa (al menos en la intensidad en que se han dado) y que como tales no han sido previstos por las partes ni éstas tenían obligación de prever, si bien son inherentes, internos, a la organización misma de la empresa*”, es decir, “*aquellos riesgos que no caen dentro del álea normal del contrato (no ocurren estas cosas todos los días) ni tenían por qué ser previstos; de los cuales el contratista no tiene culpa pero cuyo acaecimiento no es, en definitiva, sino la realización de un riesgo creado, en beneficio propio, por su misma organización y actividad*”¹³⁴. Diferencia, por tanto, entre riesgos **ordinarios** y **no ordinarios de la empresa** (previsibles e imprevisibles, respectivamente), los cuales considera incluidos en el concepto de riesgo y ventura, y los **no ordinarios ajenos a la empresa** (imprevisibles), que los excluye, con los que identifica aquellos riesgos “*no solo totalmente imprevisibles sino, además, totalmente extraños al contrato [...] y ajeno al círculo de actividades de la empresa*”. Como puede observarse, Ariño Ortiz, al igual que hacía Villar Palasí de un modo más genérico, recurre a la imprevisibilidad para precisar en sentido negativo el contenido del riesgo y ventura, pero añade un factor más como es el de la externalidad o ajenidad en los riesgos. Es decir, considera que el riesgo y ventura

autores que cuestionan cada vez más la operatividad del principio de riesgo y ventura. Como ejemplo cabe citar el trabajo de FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del...*, op. cit.

¹³³ VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de derecho administrativo*, tomo II, UNED, Madrid, 1974, p. 417.

¹³⁴ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., pp. 162-164.

abarca aquellos riesgos internos a la empresa que traigan causa de su existencia, ya sean previsibles o imprevisibles y excluye, únicamente, aquellos riesgos que presenten de forma acumulada las características de imprevisibilidad (extraordinarios) y externalidad. Sobre los riesgos ajenos a la empresa (externos) que sean previsibles no se pronuncia; no obstante, debido a la intención meramente práctica e ilustrativa, en ningún caso exhaustiva, de la clasificación que hace el autor, no cabe descartar su inclusión en el principio de riesgo y ventura ya que en dicho caso solo concurriría uno de los dos requisitos que exige el autor para la exclusión (la externalidad).

Por el contrario, Moreno Gil identifica, por un lado, unos riesgos de orden **técnico o funcionales** y, por otro, los de **inestabilidad monetaria**. Los segundos los excluye en tanto los considera riesgos externos a la actividad de la empresa, en equiparación a los casos de fuerza mayor. Son los primeros, a los que también se refiere bajo la denominación de fortuitos, los que integran, a su parecer, el principio de riesgo y ventura y con los que identifica aquellos riesgos “*que obligan al empresario a ser precavido en su acción, actuación, decisión, organización, etc*” pues lo contrario sería trasladar injustamente a la Administración “*la cobertura de hechos individuales y específicos del empresario (por ejemplo: la mera incapacidad de éste, su falta de organización, de decisión, de suerte, etc)*”¹³⁵. Moreno Gil, por tanto, utiliza la denominación de riesgos fortuitos para definir el contenido del riesgo y ventura, en los que el único criterio definidor es la internalidad de unos riesgos de los que considera que el contratista no puede desentenderse. No señala expresamente la necesidad de que dichos riesgos sean previsibles, más bien al contrario, hace referencia a la obligación del empresario de ser precavido para cubrir hechos como la suerte, entre otros. Esto nos lleva a pensar que Moreno Gil asume como propios del riesgo y ventura todos aquellos hechos que nazcan de la misma existencia de la empresa sin importar que sean más o menos previsibles, ni más o menos culpables, ya que con esa referencia a la suerte no ha podido sino querer reflejar la incertidumbre o imprevisibilidad propia de las múltiples situaciones fruto del azar a las que debe enfrentarse el contratista en muchas ocasiones.

Blanquer Criado también aporta su propia tipología de riesgos con una división entre riesgos **genéticos** y **funcionales**, para de nuevo hacer referencia a las mismas variables

¹³⁵ MORENO GIL, O., *La revisión de precios...*, op.cit., p. 49.

que los anteriores autores (la ordinariedad o previsibilidad y la internalidad). Identifica los **genéticos** como aquellos riesgos ordinarios nacidos del contrato por error en el cálculo de la oferta con respecto a las previsiones de demanda, y los **funcionales** como los avatares endógenos y exógenos que pueden acontecer durante la vida del negocio jurídico. Incluye dentro del concepto de riesgo y ventura los primeros (genéticos) en todo caso, y los segundos (funcionales) cuando sean considerados endógenos e incluso los exógenos que no queden expresamente excluidos por la ley. No otra cosa puede entenderse de la siguiente afirmación “[el principio de riesgo y ventura] obliga al contratista a soportar las pérdidas o la injusticia del resultado económico adverso del contrato (tanto por negligencia, caso fortuito o por causa genérica de fuerza mayor, salvo que se trate de una de las específicas circunstancias de fuerza mayor expresamente tasadas por la ley)”¹³⁶. Es decir, tanto cuando la culpa sea del contratista (negligencia), como cuando no lo sea pero proceda del interior de la relación empresarial (caso fortuito); así como también en aquellos casos sin culpa y externos (casos de fuerza mayor) que no estén específicamente excluidos. Ésta es, sin duda, la más amplia de todas las aportaciones, según la cual todo se incluye en el principio de riesgo y ventura salvo los casos expresamente excluidos de fuerza mayor.

Lo anterior choca, por tanto, con la visión de Ariño Ortiz que considera excluidos no solo los de fuerza mayor tasados sino todos los riesgos que sean imprevisibles y ajenos a la empresa del contratista. Su razonamiento se puede resumir con las siguientes palabras: “*La conclusión es clara: el contratista responderá en su caso de todos aquellos riesgos que sean consecuencia de caso fortuito (riesgos internos, inherentes a la empresa misma de construcción que han sido originados y aceptados implícitamente por el contratista), no de los que se deban a fuerza mayor (riesgos externos y totalmente ajenos a la empresa)*”¹³⁷. No obstante, reconoce las dificultades que la falta de precisión de que adolece la distinción entre hechos internos y externos puede ocasionar pues “*dependerá en cada caso de la conexión en que se encuentre con la obra o servicio público, nunca claramente determinada en sus límites*”. Aun con todo, le reconoce a dicho criterio (el de

¹³⁶ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de ...*, op.cit., pp. 1253 y 1254.

¹³⁷ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 160.

la internalidad o externalidad del riesgo) un carácter fundamental “*que ha de dar mucha luz a la hora de apreciar en cada caso la responsabilidad del contratista*”¹³⁸.

Conviene matizar en este punto que el caso fortuito¹³⁹, como bien indica Ariño Ortiz, si bien han sido tradicionalmente considerado sinónimo de la fuerza mayor, no obstante tienen sus diferencias, según algunos, con respecto a la inevitabilidad; y según otros, con respecto al origen o causalidad de esos sucesos¹⁴⁰. La postura que ha cobrado más fuerza es la segunda: “[...] *la diferencia entre uno y otro radica, precisamente, en que la primera [fuerza mayor] rompe la relación de causalidad y el segundo [caso fortuito], por el contrario, supone simplemente ausencia de culpa*”¹⁴¹. Tienen en común, por tanto, que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son riesgos inevitables e imprevisibles; por contra, sus diferencias radican, tal y como señala Waline, en el origen, interno y externo respectivamente, de los hechos causantes del daño: “*Podemos decir, al menos aproximadamente, que la fuerza mayor es una fuerza exterior que impide en todo caso la imputabilidad del accidente al sujeto agente (en nuestro caso, al contratista) y, por consiguiente, juega como una causa de exoneración cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad adoptado (culpa o riesgo), ya que aquélla condiciona en todo caso a ésta. Al contrario, el caso fortuito no la lesiona para nada: la causa del accidente está en un mecanismo a disposición del imputado, que no ha sido accionado por él, pero que, al menos ha estado a su disposición, sin que la ciencia permita conocer más exactamente el motivo que ocasionó el daño. Tal situación supone ciertamente una falta de culpa, y por tanto, es una causa de exoneración cuando la responsabilidad se basa sobre ésta, pero no cuando la responsabilidad es independiente de toda idea de culpa*”¹⁴².

¹³⁸ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 161.

¹³⁹ Aunque en muchas ocasiones la doctrina o la jurisprudencia se refiera al caso fortuito en general simplemente para designar sucesos imprevisibles y/o inevitables, en puridad, la exoneración por caso fortuito solo despliega efectos cuando éstos producen la imposibilidad de cumplimiento del contrato no cuando aumentan la onerosidad del mismo (art. 1105 CC). Si se quiere uno referir a este tipo de riesgos imprevisibles e inevitables cuando provocan un daño económico (sin impedir el cumplimiento) debemos hablar de la doctrina del riesgo imprevisible en la contratación pública, y de la cláusula *rebus sic stantibus* en la contratación privada. Vid. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 946 y ss.

¹⁴⁰ “*La distinción es de origen doctrinal y jurisprudencial poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad, -fuerza mayor-, o en la previsión y evitabilidad, -caso fortuito- o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor, -fuerza mayor-, o en el ámbito interno-caso fortuito- Se menciona así en esta doctrina, como expresiones del segundo, las averías, accidentes profesionales; y como ejemplo de la primera causa de exclusión, los supuestos de guerra, rayo, etc, pero indudablemente estos ejemplos son simplemente orientativos*”. STS 22 de diciembre de 1997.

¹⁴¹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 158 y 159.

¹⁴² (el subrayado es nuestro) Apud ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 159.

La misma opinión le merece esta cuestión a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como prueban las siguientes manifestaciones: *“la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero aquellos eventos internos intrínsecos insitos en el funcionamiento de los servicios públicos [...] en cualquier caso nunca constituyen la fuerza mayor”*¹⁴³.

b) El principio de riesgo y ventura según la jurisprudencia

Aclarada la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, y expuesta ya la postura de parte de la doctrina, corresponde ahora atender al sentido que la jurisprudencia ha venido dando al principio pues, como efectivamente señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, es ésta la que *“determina, en cada supuesto, cuando rige o no el riesgo y ventura para el contratista”*¹⁴⁴. Resulta conveniente comenzar con el significado literal que el Tribunal Supremo le ha concedido desde años atrás: *“El riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión de riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien...”*¹⁴⁵. A partir de ahí, la construcción jurisprudencial del principio se ha hecho mediante la interpretación y delimitación del alcance de sus quiebras o exoneraciones, lo que lo ha convertido, como ya comentáramos en párrafos anteriores, en un concepto definido en sentido negativo, es decir, se ha procedido a la determinación de los riesgos que el principio de riesgo y ventura no abarca.

Para la definición del riesgo y ventura el TS parte, en ocasiones, de aportaciones generalistas y absolutistas que parecen abarcar todas las contingencias que pudieran tener lugar una vez formalizado el contrato: *“[El contratista] frente a la legítima aspiración de obtener beneficios, asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del*

¹⁴³ STS de 2 de junio 1999. (ROJ: STS 3894/1999)

¹⁴⁴ VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., "Artículo 98. Principio...", *op.cit.*, p. 713.

¹⁴⁵ STS de 22 de noviembre 2001. (ROJ: STS 9121/2001)

contrato, porque estas son las consecuencias del carácter aleatorio de este tipo de relaciones jurídicas”¹⁴⁶.

*“[...] si no existe esta culpabilidad de la Administración –y salvo los casos de fuerza mayor– toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura (establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado), que debe incluir los actos de tercero”*¹⁴⁷.

No obstante, esas contingencias sobrevenidas con las que debe pechar el contratista (en términos del Supremo “inesperadas circunstancias” o “riesgos imprevisibles”) deben ser objeto de una interpretación restrictiva no pudiendo englobar cualquier situación o hecho imaginable ni tampoco hechos que traigan causa en la propia actuación de la Administración o deriven de la aparición de un riesgo imprevisible¹⁴⁸.

Es decir, que el principio de riesgo y ventura tampoco puede ser entendido “*en el sentido de que –a salvo los casos de fuerza mayor definidos en la propia Ley con «numerus clausus»– el contratista deba siempre responder o pechar aun de los sucesos más imprevisibles y que causen los mayores desequilibrios*”¹⁴⁹. Y es que si no resulta justo que sucesos provocados por la actuación de la Administración sean atribuidos al contratista, tampoco lo es que determinados sucesos caracterizados por una imprevisibilidad insólita sean soportados únicamente por el contratista en lugar de

¹⁴⁶ STS de 6 de mayo de 1988. (ROJ: STS 3367/1988)

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón establecía lo siguiente: “*en esencia, tal principio significa que el contratista asume los riesgos inherentes al contrato [...] interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. De lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución*”. Sentencia 297/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de mayo (ROJ: STSJ AR 638/2015).

¹⁴⁷ STS de 30 de octubre de 2000 (ROJ: STS 7895/2000)

¹⁴⁸ “*Ahora bien, el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos, además del de fuerza mayor, como ocurre en el caso en que la conducta de la Administración haya provocado una mayor onerosidad para el contratista, con quiebra del principio de equilibrio financiero*”. Sentencia 398/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio. (ROJ: STSJ M 9053/2014)

“[...] la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula “rebus sic stantibus”, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado”. STS de 9 de diciembre de 2003 (ROJ: STS 7878/2003)

¹⁴⁹ STS de 16 de septiembre de 1988. (ROJ: STS 13180/1988)

compartir dicha carga con el resto de la sociedad que, a través de la Administración, se beneficia de dichos contratos¹⁵⁰.

Conviene resaltar que el TS no parece detenerse en el factor de la internalidad o externalidad del riesgo que sí parecía determinante para parte de la doctrina¹⁵¹, sino que fija su atención en la intensidad de la imprevisibilidad¹⁵². Es decir, se considera responsabilidad del contratista el *alea* normal u ordinario del contrato y descarta aquellos riesgos que no sea razonable prever, sin aclarar ni pronunciarse expresamente sobre la incidencia que el origen, endógeno o exógeno, de los mismos pudiera tener en la exclusión. A la jurisprudencia más reciente parece que le es indiferente, por tanto, de donde provenga el riesgo¹⁵³ (si de la actividad interna de la empresa o de causas externas) centrándose únicamente en su carácter imprevisible, anormal, extraordinario y profundo siempre que “*afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables*”¹⁵⁴.

En definitiva, queda claro que para nuestro Alto Tribunal el principio de riesgo y ventura efectivamente obliga al contratista a soportar todos aquellos riesgos ajenos a su actividad que no puedan encuadrarse en ninguna de las exoneraciones del principio de riesgo y

¹⁵⁰ “*Tal conclusión [la de soportar todos los riesgos imprevisibles] sería contraria al principio de la buena fe, que juega en el ámbito general del Derecho (artículo 7.1 del Código Civil) y en el campo específico de los contratos (artículo 1258 del mismo), y aun contraria, sencillamente al propio valor de la Justicia que está proclamada como valor superior del Estado en el artículo 1.1 de la Constitución en tanto en cuanto sería injusto que fueran los contratistas, por el mero hecho de serlo, los que soportaran exclusivamente (y no toda la comunidad) las pérdidas imprevisibles que pudieran originarse en la realización de obras o en la prestación de servicios dirigidos precisamente a una mejor satisfacción del interés general*”. STS de 16 de septiembre de 1988. (ROJ: STS 13180/1988)

¹⁵¹ Recuérdesse que para Ariño Ortiz dicho criterio resultaba fundamental en la distinción de los riesgos atribuibles a las partes del contrato.

¹⁵² “*La doctrina del «riesgo imprevisible razonable», se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada «relevancia y significación» en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique*”. STS de 9 de marzo de 1999. (ROJ: STS 1628/1999)

¹⁵³ Sin embargo, cierta jurisprudencia más antigua sí remarca la necesidad de que el riesgo propio del principio de riesgo y ventura no tenga origen en la actividad interna de la empresa: “*Por riesgo y ventura en la contratación ha de entenderse que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda, como dijo la STS de 29 de enero de 1982, lo cual revela que entraña la idea clara de referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes y ello elimina lo que provenga de su propio actuar*”. STS 390/1987, de 31 de marzo. (ROJ: STS 9500/1987)

¹⁵⁴ STS de 30 de abril de 1999. (ROJ: STS 2956/1999)

ventura, (descartando, por tanto, la posibilidad de que tal principio solo pudiera referirse a los riesgos procedentes de la propia actividad empresarial o internos)¹⁵⁵.

Para su discernimiento señala la jurisprudencia que habrá que distinguir “entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias”¹⁵⁶. Y esa imprevisibilidad fue definida unos años atrás por el Alto Tribunal del siguiente modo: “Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación”¹⁵⁷.

De lo anterior se infiere lo siguiente: si se afirma que deben excluirse los sucesos que *sobrepasen los límites razonables de aleatoriedad* de un contrato es porque existe un espacio de ‘aleatoriedad razonable’ que forma parte del riesgo y ventura y que debe atribuirse al contratista. Por tanto, no puede hacerse desaparecer toda aleatoriedad del contrato mediante una cobertura de todos los riesgos sino que el contratista debe soportar un cierto grado de imprevisibilidad, aleatoriedad o incertidumbre. Ahora bien, ese *alea* o espacio incierto que debe existir (aunque parezca paradójico) no debe ser tan incierto que impida su encaje en lo que se consideraría una previsión normal.

Esa previsión normal es a la que ha hecho referencia tradicionalmente Jèze: “El *álea ordinaria* es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones. Este *álea* la soporta el contratante”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ “[...] en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible”. STS de 20 de abril de 2015. (ROJ: STS 1597/2015)

¹⁵⁶ STS de 28 de enero de 2015. (ROJ: STS 956/2015)

¹⁵⁷ STS 25 de abril de 2008. (ROJ: STS 1809/2008)

¹⁵⁸ JÈZE, G., *Principios generales del derecho administrativo (Teoría general de los contratos administrativos)*, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 43.

Así, pueden señalarse como auténticos títulos habilitantes suficientes para imputar dichos riesgos al contratista: 1) la procedencia interna del riesgo, esto es, de la existencia de la actividad en que consiste el objeto del contrato (internalidad o relación de causalidad)¹⁵⁹, y/o 2) la existencia de una aleatoriedad razonable que no cabía descartar al inicio del contrato y, según la cual, estaría dando su permiso tácitamente el contratista al contratar (previsibilidad del riesgo)¹⁶⁰. Así pues, si nos preguntamos de quién es la responsabilidad del riesgo que sobreviene durante el contrato, la respuesta es la siguiente: de quien lo hubiera creado, y/o lo hubiera tenido que prever¹⁶¹.

En definitiva, la jurisprudencia contempla abiertamente la posibilidad de que el contratista soporte las consecuencias derivadas de hechos “inesperados”, dejando espacio para que sean imputables riesgos cuya imprevisibilidad no sea excesiva. El riesgo y ventura se referiría, por tanto, a aquellos riesgos que no suceden todos los días, que incluso pueden considerarse raros o poco habituales, pero que no por ello podían haber sido descartados en el momento de la celebración del contrato pues reflejan una ‘imprevisibilidad aceptable’, o si se quiere, una ‘incertidumbre moderada’. Hablamos, pues, de riesgos que no sea descabellado imaginar a pesar de no ser los cotidianos de todos los días¹⁶².

1.3.4. Quiebras del principio de riesgo y ventura

Tanto el principio del equivalente económico como la doctrina del riesgo imprevisible, junto con la fuerza mayor y la revisión de precios pueden considerarse técnicas o principios amortiguadores de la radicalidad que caracteriza al principio de riesgo y ventura según el cual el contratista debe asumir las consecuencias del riesgo inherente a

¹⁵⁹ “En la responsabilidad por riesgos, la culpabilidad viene sustituida por la de relación de causalidad, ya que en ella la responsabilidad juega no en virtud de la existencia o no de una culpa, sino simplemente en virtud de un riesgo creado, de la existencia de una relación de causalidad entre la actividad de un sujeto y el daño”. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op.cit., nota al pie 60, pp. 298 y 299

¹⁶⁰ “Ordinariamente, la previsibilidad de la contingencia hace inexcusable el incumplimiento, aunque aquella ocurra luego, realizando el riesgo previsto de forma irremediable”. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 949.

¹⁶¹ “[...] la carga extracontractual dimanante del aumento de precios no es sino la realización de un riesgo extraordinario, el cual se determina, negativamente, por su falta de previsibilidad y de relación de causalidad con la ejecución misma del contrato”. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 314.

¹⁶² Se trata de inconvenientes perjudiciales atribuibles a la mala suerte (la ventura del contrato: la contingencia de que algo suceda mal o bien) y encuadrables dentro de lo que Blanquer llama “espacio de incertidumbre económica” que el principio de riesgo y ventura deja abierto al contratista. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de ...*, op.cit., p. 1259.

la ejecución del contrato. Ahora bien, conviene matizar que, sin embargo, no todas ellas pueden considerarse fórmulas que sirvan para dirimir el problema de la ruptura de la equivalencia del contrato provocada por la aparición del riesgo. Tal función no puede atribuirse ni a la doctrina de la fuerza mayor ni a la revisión de precios por lo siguiente:

En el caso de la fuerza mayor, porque su ámbito de actuación es diferente al del incremento de la onerosidad que es el que se analiza cuando hablamos de la quiebra en la reciprocidad de las prestaciones de las partes, por lo que su invocación resulta inservible. Es decir, despliegan efectos en planos diferentes como ya se ha explicado. Y en el caso de la revisión de precios, porque el riesgo al que hace referencia (la variabilidad de los precios debido a la inflación) no es un riesgo indefinido o abstracto sino que está predeterminado en el contrato. Escrihuela Morales hace referencia a esta cuestión cuando afirma que si bien *“la revisión de precios tiene como antecedente próximo la necesidad de moderar el principio legal del riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato que impide compensaciones o modificaciones en el mismo”*, debe considerarse, sin embargo, *“independiente de las fórmulas especiales de indemnización o compensación, que ante fenómenos de carácter extraordinario, ponen en marcha el mecanismo de la cláusula rebus sic stantibus, como medida para mantener el equilibrio económico financiero del contrato”*¹⁶³.

Por ello, ni la revisión de precios ni las excepciones de fuerza mayor sientan las bases ni los criterios necesarios para dirimir qué hacer ante la aparición de un riesgo que rompa la equivalencia del contrato. Sin embargo, la revisión de precios y algunos hechos de fuerza mayor sí pueden considerarse quiebras al principio de riesgo y ventura en el sentido de que han ido erosionando su eficacia y virtualidad al excluir de entre los riesgos que debe asumir el contratista unos riesgos muy concretos: los tres concretos del artículo 239 LCSP y el de la variación de los precios. Atenúan la fuerza del principio de riesgo y ventura, lo cual no es desdeñable, pero no lo sustituyen ni se erigen como principios opuestos con los que pueda rivalizar pues no desempeñan un papel fundamental ni orientador en lo que se refiere a la distribución general de riesgos de un contrato.

¹⁶³ ESCRHUELA MORALES, F.J., *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007, p. 1093.

Valga esta aclaración para justificar por qué cuando se habla de qué hacer con el riesgo que aparece en el transcurso de un contrato (es decir, qué hacer con un exceso de onerosidad) únicamente se tengan en cuenta el principio del equivalente económico (*ius variandi, factum principis*) y la doctrina del riesgo imprevisible para contrarrestar el de riesgo y ventura.

a) Supuestos de fuerza mayor

Los tres supuestos de fuerza mayor contenidos en el art. 239 al que reenvía el art. 197 de la LCSP que mitigan el principio de riesgo y ventura son: *a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.*

Lo que hace nuestra norma de contratos es señalar unos supuestos específicos de los infinitos considerados de fuerza mayor o no culpables que se entienden especialmente injustos para el contratista, e incorporarlos al régimen del riesgo y ventura como excepción tanto para el contrato de obras como para el de concesión de obras (art. 270.2 LCSP) y el de concesión de servicios (art. 290.4 LCSP). De este modo, el principio de riesgo y ventura impondrá al contratista administrativo la carga del exceso de onerosidad derivada de todos los hechos de fuerza mayor que puedan tener lugar salvo los tres mencionados en el art. 239. Por el contrario, los artículos 1589 y 1590 del Código Civil imputan, en todo caso, al contratista de la obra los riesgos que pudieran acaecer sobre la misma sin añadir excepciones de ningún tipo. Por ello podemos concluir, como así lo hace García de Enterría, que el contrato administrativo goza de una benignidad en la teoría de los riesgos de la que carece el contrato privado.

A pesar de todo, sorprende que se siga hablando de “la fuerza mayor” en términos generales como una quiebra al riesgo y ventura, cuando lo correcto sería decir que algunos hechos de fuerza mayor (solo tres casos de los infinitos que pueden darse y solo dichos hechos y no la doctrina en sí misma) constituyen una excepción al riesgo y ventura, pues la doctrina general de la fuerza mayor, como ya se ha apuntado, únicamente despliega efectos en el supuesto de incumplimiento y no en el de alteración de la onerosidad contractual que es para lo que el principio de riesgo y ventura ha sido pensado.

El fundamento del reconocimiento de estas excepciones de fuerza mayor en la contratación administrativa lo encontramos en el reparto de cargas y en el interés general (continuidad de los servicios)¹⁶⁴. Estas dos razones, sin embargo, no tienen lugar en la contratación civil por lo que en dicho ámbito no existe una justificación que motive tal traslación hacia la parte contraria. Si se hiciera, se estaría arbitrariamente decidiendo a favor de una de las partes siendo aquella igualmente afectada e igualmente inocente. La situación sería injusta se imputara a quien se imputara el riesgo.

b) La revisión de precios

Al igual que sucede con la fuerza mayor pero por motivos diferentes, la revisión de precios tampoco puede entenderse como una fórmula a la que atender ante el problema de la distribución de riesgos debido a que carece tanto de la abstracción necesaria para configurarse como principio rector, como del carácter incierto e imprevisible que debe caracterizar al riesgo al que se pretende dar cobertura.

Con respecto a la abstracción mencionada, la revisión de precios es un sistema diseñado para atribuir a la Administración parte de las consecuencias derivadas de la oscilación en los precios a lo largo de la duración de un contrato. Es, por tanto, un mecanismo referido a un tipo de riesgo muy concreto como es la variabilidad de los precios en el tiempo, por lo que no indica una forma de actuar o una regla general a aplicar en los casos en que tenga lugar un desajuste de la equivalencia del contrato por la aparición de una infinidad de riesgos indeterminados, sino que exclusivamente se refiere a qué hacer ante la inestabilidad de los precios.

En segundo lugar, la revisión de precios no solo hace referencia a un tipo de riesgo muy concreto sino que además podría discutirse si se trata de un auténtico *aleas* del contrato. El sistema de revisión asume *a priori* la materialización de un riesgo pues, antes de que tenga lugar esa desactualización de los precios con respecto a los del mercado, o bien se impone *ex lege* su revisión como se hacía en el antiguo TRLCSP ya derogado¹⁶⁵, o bien

¹⁶⁴ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., pp. 300-303

¹⁶⁵ El art. 89 del TRLCSP dispone lo siguiente con respecto a la procedencia y límites de la revisión de precios:

“1.La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su

se reconoce su aplicación como una excepción para casos tasados como en el nuevo régimen de la LCSP¹⁶⁶. Como afirma Escrihuela Morales, la revisión de precios nace *ex contractu* y no por aplicación de ningún principio¹⁶⁷. En este sentido, Blanquer Criado señala que “la revisión del importe de la tarifa no es una respuesta ‘ex post facto’ a un resultado económico desfavorable que ya ha acaecido, sino una medida que busca evitar que en el futuro se produzca la misma situación de desequilibrio”¹⁶⁸. Es decir, como indica el autor, la revisión de precios “no cumple una función terapéutica para restablecer a posteriori el equilibrio de las recíprocas prestaciones, sino que le corresponde una misión preventiva, para evitar futuros desequilibrios en la economía de la concesión del servicio público”¹⁶⁹. Por tanto, se trata de lograr “una asunción normal de riesgos, corregibles por la revisión de precios cuando los aumentos superan una cuantía crítica de desequilibrio”¹⁷⁰.

importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

2. La revisión de precios no tendrá lugar en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra, ni en los contratos menores. En los restantes contratos, el órgano de contratación, en resolución motivada, podrá excluir la procedencia de la revisión de precios.

3. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable”. De esta manera, la revisión se convierte en un derecho del contratista salvo que justificadamente se motive su improcedencia y así se haga constar en los pliegos, de lo contrario, se entiende que, dado que la variación de los precios es un hecho, deberán actualizarse.

¹⁶⁶ Art. 103 LCSP: “2. Prevía justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho periodo se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado. [...]”

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo. [...]”

5. Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión. No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios”.

¹⁶⁷ ESCRHUELA MORALES, F.J., *La contratación del ...*, op. cit., pp. 1093 y 1094.

¹⁶⁸ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión...*, op. cit., p. 1227.

¹⁶⁹ *Idem*

¹⁷⁰ STS 1522/1991, de 23 de mayo. (ROJ: STS 15673/1991)

En cualquier caso, esta previsión concreta en la propia ley demuestra que nos encontramos ante un riesgo que no es ni tan incierto ni tan imprevisible como podrían llegar a ser otros ya que, debido al fenómeno económico de la inflación, se sabe con cierta seguridad que los precios efectivamente van a variar en los contratos de larga duración, de ahí que cada cierto tiempo se prevea el deber o la posibilidad (en función de lo que quiera fomentar el legislador) de revisar los mismos. Así lo indican Villar Ezcurra y Marfá Badaroux en referencia a una de las reflexiones de Ariño Ortiz al respecto: “[...] entendemos, como hoy parece claro, que la inflación es algo normal y que la revisión de precios es un método ordinario de conseguir el principio del justo precio...”¹⁷¹. Podría surgir la duda de si resulta adecuado identificar esta inestabilidad de los precios como un auténtico riesgo si en realidad no se caracteriza ni por ser del todo incierto ni del todo imprevisible quedando toda su incertidumbre reducida, únicamente, al *quantum* de la variación. Lo que hace la revisión es anunciar la materialización de un hecho y designar de antemano un responsable de sus consecuencias.

Siendo esto así y como indicó el Tribunal Supremo, si un hecho o circunstancia estaba previsto o era previsible al inicio del contrato, se entiende que el contratista contrató conociendo y aceptando dicho riesgo y sus consecuencias¹⁷². Por ello, la finalidad de la revisión de precios no es más que la de realizar una previa detección de un acontecimiento determinado para su exclusión expresa del abanico de riesgos a los que el contratista, de lo contrario, tendría que hacer frente en virtud del riesgo y ventura. La STS de 6 de mayo de 1988 establecía en su momento lo siguiente: “[...] la subida del índice de precios y salarios, determinante de la procedencia de la revisión en la fecha establecida, es un suceso contingente pero previsible aún a corto plazo, incluso anterior al de la data revisoria, en épocas como las actuales de inestabilidad económica, que debe ser incluida en el concepto jurídico de riesgo y ventura a cargo del contratista, porque pudo ser ponderado en el cálculo de sus previsiones que frente a la legítima aspiración de obtener beneficios, asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del contrato,

¹⁷¹ VILLAR EZCURRA, J.L. y MARFÁ BADAROUX, J., "Artículo 103. Revisión...", *op.cit.*, p. 878.

¹⁷² “[...] *exigiéndose para su viabilidad [la de la teoría de la imprevisión] las imprevisiones del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba previsto o era previsible, se entiende que el deudor contrató el riesgo, debiendo existir la posibilidad del cumplimiento del contrato en cuestión, aunque se agrave mucho la prestación del deudor [...]*” STS de 12 de diciembre de 1979. (ROJ: 2291/1979)

porque éstas son las consecuencias del carácter aleatorio de este tipo de relaciones jurídicas”¹⁷³. Por aquel entonces la inestabilidad era tal que hacía normal y previsible que los precios fluctuaran incluso en periodos de tiempo muy cortos. Hoy en día la estabilidad macroeconómica es mayor, pero aun y todo, pueden seguir predicándose los mismos argumentos que en la mencionada sentencia y en aquellos casos en que la revisión de precios no resulte de aplicación o siéndolo se considere insuficiente, lo correcto será mantener su inclusión en el principio de riesgo y ventura y responsabilizar al contratista de dichas consecuencias (siempre y cuando la variación no sea subsumible en la teoría del riesgo imprevisible ni haya sido provocada por una actuación directa o indirecta de la Administración, ambas causas exonerantes).

Es precisamente este extremo de la previsión de la revisión de precios el que lo desvincula de la teoría del riesgo imprevisible con la que, efectivamente, mantiene cierta conexión al tratarse (la oscilación de los precios) de un suceso externo al contrato y no derivado de la actuación de ninguna de las partes. No obstante, es evidente la contradicción que se produce entre ellas pues la revisión de precios consiste, precisamente, en prever unos cambios que impiden, como es lógico, su pacífica clasificación dentro de una teoría que se caracteriza por la imprevisión de los sucesos. Así lo señala Moreno Gil cuando afirma que *“mientras aquella doctrina [la del riesgo imprevisible] está pensando en paliar los riesgos económicos no precalculados en el contrato... la revisión se sitúa en el extremo opuesto: el de la previsión; justamente lo que hace es prever, de manera que, naciendo, pasa automáticamente a un terreno no solo distinto sino opuesto al concepto de lo imprevisible, dando lugar al agotamiento, en su campo de acción, de la doctrina que le dio luz”*¹⁷⁴.

La necesidad de su reconocimiento se hizo evidente ante el desequilibrio e inseguridad económicos que trajo consigo la primera Guerra Mundial, así como *“el estallido de la inflación continuada, el intervencionismo creciente del Estado y una concepción socializadora del Derecho”* motivaron que *“el sistema contractualista de la concesión y sus tarifas saltará hecha pedazos”*¹⁷⁵. Así pues, su fundamento puede decirse que la revisión de precios halla un doble fundamento: por un lado, una razón evidente de justicia

¹⁷³ STS 643/1988, de 6 de mayo. (ROJ: STS 3367/1988)

¹⁷⁴ MORENO GIL, O., *La revisión de precios...*, op. cit., p.48.

¹⁷⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios ...*, op. cit. p. 6.

material (la máxima *rebus sic stantibus* que atiende a las diferencias existentes entre las circunstancias que tuvieron lugar en el momento de contratar y las que rodean al contrato posteriormente para justificar una adaptación de las condiciones del contrato entre las cuales se encuentra, evidentemente, el precio); por otro, la conveniencia del interés general por el que debe velar la Administración (pues de no prever la actualización de los precios muchos servicios públicos se verían desatendidos)¹⁷⁶.

Ahora bien, en los últimos años el régimen descrito de la revisión de precios ha venido experimentando una clara reducción de su ámbito de aplicación mediante la desvinculación de los precios de los contratos del sector público de índices generales de precios. La finalidad principal de esta tendencia, que comenzó con la disposición adicional 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, y se ha ido intensificando definitivamente con la Ley 2/2015 de desindexación de la economía española y su correspondiente reglamento de desarrollo¹⁷⁷, es la de conseguir que el precio de la oferta se ajuste al precio final y definitivo del contrato, de manera que la Administración no esté sujeta a incrementos de precios en el futuro de corte inflacionista y pueda conocer y prever con suficiencia la partida presupuestaria de gasto correspondiente. Para lograrlo se prohíbe indexar los diferentes valores monetarios que se dan en los contratos a índices de precios generales y externos como el Índice de Precios de Consumo (IPC) u otros semejantes, y se sujeta dicha revisión a la variación real que pueda producirse en los costes concretos del tipo de actividad de que se trate.

Así pues, la revisión de precios que ahora se contempla en la LCSP ha pasado de ser un sistema de aplicación general (se aplicaba a todos los tipos de contrato y salvo que se expresase su improcedencia) a convertirse en un sistema más bien excepcional y limitado (se aplicará únicamente a unos contratos determinados y solo cuando se declare y justifique su procedencia)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 356.

¹⁷⁷ Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero.

¹⁷⁸ La principales notas del nuevo régimen de revisión de precios en la LCSP 2017 son las siguientes: Únicamente tendrá aplicación en los contratos de obras, de suministros y fabricación de armamento y equipamiento de la Administración, de suministros de energía y contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años; sólo procederá la revisión cuando así se justifique en el expediente de contratación; deberá detallarse la fórmula de revisión de precios aplicable de manera detallada en los pliegos y, en aquellos casos en que exista una revisión tipo aprobada por el Consejo de

Como es evidente los precios seguirán variando, con la diferencia de que en estos momentos el legislador considera menos justificado que antes (debido principalmente a las exigencias presupuestarias de la UE) que la Administración ampare esa oscilación. El cambio, que obedece a razones políticas que buscan una mitigación de la aplicabilidad de la revisión que promueva un mayor control del gasto público y no contribuya a producir más inflación¹⁷⁹, tiende a reforzar los efectos del principio de riesgo y ventura que en los últimos años ha venido soportando los embistes de una Administración y Tribunales cada vez más interesados en proteger al contratista.

c) El principio del riesgo imprevisible

El principio del riesgo imprevisible halla su origen en una sentencia del Consejo de Estado francés según la cual se promovió la indemnización de los perjuicios ocasionados por unas subidas disparatadas de los precios del carbón tras los estragos de la Primera Guerra Mundial que afectaron gravemente a la supervivencia de las concesiones de gas y electricidad de aquel momento. En concreto, el *arrêt Gaz Bordeaux* de 30 de marzo de 1916 instauró, magistralmente en una sola sentencia, la llamada ‘teoría de la imprevisión’ cuya aplicación a día de hoy se invoca en nuestro sistema jurídico bajo la denominación de ‘principio de riesgo imprevisible’.

La teoría ha sido resumida de forma brillante por autores como Pequignot: *“Cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con tal gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho*

Ministros, deberá aplicarse la misma; Salvo en los contratos de suministro de energía, solo podrá aplicarse la revisión cuando se haya ejecutado al menos el 20 por ciento del importe del contrato y cuando hayan transcurrido al menos dos años desde la formalización del mismo salvo en las concesiones de servicios para las que solamente se requerirá el requisito del tiempo; no serán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura, ni el beneficio industrial; la revisión, cuando proceda, deberá ser periódica y predeterminada.

¹⁷⁹ Si bien el Preámbulo de la Ley 2/2015 de desindexación de la economía española no hace referencia a cuestiones presupuestarias, sí deja claro su interés por evitar los “efectos perversos” de la inflación, propia de economías en las que la inestabilidad macroeconómica es más intensa y en las que sí podría ser de utilidad la práctica de la indexación: *“La indexación está en el origen de los denominados «efectos de segunda ronda». Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. Ocurre así que un aumento del precio del petróleo o de un alimento encarece, debido a su impacto en el IPC, el precio de bienes cuyos costes de producción no tienen una conexión directa con esos dos bienes.*

La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad”.

más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit, sobre pasado los límites del riesgo normal, toma un carácter anormal o excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que le compense en parte de él”¹⁸⁰.

También destaca la aportación de Badenes al respecto: *“La teoría del riesgo imprevisible pretende evitar los abusos que supondría no restablecer el equilibrio roto al producirse de un modo brusco, repentino, violento, imprevisible, un acontecimiento sobreviniente que cambiara radicalmente las circunstancias existentes en el momento de contratar”¹⁸¹.*

Resulta sorprendente que nuestro ordenamiento no haya reservado unos artículos para reconocer positivamente la doctrina del riesgo imprevisible a nivel estatal pero sí, en cambio, lo haya hecho a nivel local. En efecto, ni la nueva LCSP (ni ninguna de sus predecesoras) hacen ninguna referencia a la misma mientras que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sí lo hace en su art. 127.2.2º b): *“2. La Corporación concedente deberá: [...] 2º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: [...] b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión”.*

Debe precisarse que dicho reconocimiento se hace, únicamente, con respecto a contratos de concesión, lo que no impide, como ya predijo Ariño Ortiz hace años, que la jurisprudencia, dada la vaguedad de la que adolecen las normas de contratos, haya ido desarrollando paulatinamente una jurisprudencia que promueva la aplicación del principio de riesgo imprevisible con carácter general en todos los contratos de la administración¹⁸². Dicha aceptación, no obstante, no significa que su aplicación sea laxa pues como explica Blanquer Criado *“en la actualidad la jurisprudencia sigue el criterio más estricto: en materia de concesiones de servicio público la regla general es el principio de riesgo y ventura, por lo que el restablecimiento del equilibrio concesional*

¹⁸⁰ *Apud* VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., "Artículo 98. Principio...", *op.cit.*, p. 717 y ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, p. 291

¹⁸¹ BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946, p. 19.

¹⁸² ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, pp. 346 y 347.

es una excepción que debe ser interpretada y aplicada con criterios rigurosos, nunca extensivos o ampliatorios”¹⁸³.

En lo relativo al supuesto de hecho, la STS de 18 de abril de 2008 establece lo siguiente: “[...] *la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que **no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse***”¹⁸⁴. Acerca de la imprevisibilidad señala lo siguiente: “*Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que **alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación***”¹⁸⁵.

Siendo éste el presupuesto teórico que ha de plantearse para proceder a la aplicación de la doctrina, lo fundamental será, por tanto, diferenciar “*entre lo que es el **alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias***”¹⁸⁶.

El Consejo de Estado, por su parte, no ha dudado en consolidar la aplicabilidad de la doctrina en nuestra contratación administrativa mediante constantes aportaciones al respecto en sucesivos informes de indudable valor. Así, resume los requisitos exigibles para la aplicación de la doctrina en los tres siguientes¹⁸⁷:

(1) En primer lugar, la aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria.

¹⁸³ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión...*, op.cit., p. 1270.

¹⁸⁴ STS de 18 de abril de 2008 (ROJ: STS 1807/2008)

¹⁸⁵ STS 25 de abril de 2008 (ROJ: STS 1809/2008)

¹⁸⁶ STS 28 de enero de 2015. (ROJ: STS 956/2015)

¹⁸⁷ Vid. Dictamen 8/2003, de 13 de marzo de 2003 del Consejo de Estado.

(2) En segundo lugar, la insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión¹⁸⁸.

(3) En tercer lugar, que la mencionada alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo y produzca un efecto patológico y desmesurado, una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido¹⁸⁹.

Como es bien sabido, esta doctrina del riesgo imprevisible no es más que la regla análoga de la cláusula *rebus sic stantibus* del contrato privado con la que guarda un indudable paralelismo. No obstante, como se advertirá en apartados posteriores, su desarrollo a día de hoy en el contrato administrativo es diferente al del ámbito civil a pesar de compartir el mismo fundamento¹⁹⁰.

La traslación prácticamente íntegra (aunque de un modo más simplificado¹⁹¹) de la teoría de la imprevisión originaria a nuestra jurisprudencia es una muestra de la plenitud con que la misma fue formulada. Las diferencias entre la enunciación de una y otra son fruto de las circunstancias legislativas de cada momento. Que la teoría de la imprevisión en la sentencia *Gaz Bordeaux* exigiera, además, la no interrupción del servicio que estuviera obligado a prestar el contratista resulta lógica dada la ausencia de una cobertura legal que garantizara dicho extremo. Sin embargo, dado que la no interrupción del servicio se encuentra a día de hoy entre las obligaciones del concesionario que prevé nuestra norma de contratos (arts. 288 a), no ha sido necesaria su expresa inclusión como requisito en la

¹⁸⁸ La jurisprudencia del Alto Tribunal se refiere muy en concreto al sistema de revisión de precios: “*Pero cuando dicha figura de la revisión de precios deviene ineficaz por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ellos, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones, entonces, y en este último supuesto, ha de acudir a la aplicación de la doctrina del "riesgo razonable imprevisible", como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas para restablecer el equilibrio económico del contrato*”. STS de 10 de noviembre de 2009. (ROJ:STS 6699/2009)

¹⁸⁹ Así lo ha expresado en consonancia la jurisprudencia en varias ocasiones: “[...] *es necesario despejar si en el concreto supuesto analizado en este recurso el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obras con el Estado, excluyendo por ello la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta del "riesgo imprevisible razonable" como causa de indemnización reclamada*”. STS de 10 de noviembre de 2009. (ROJ: STS 6699/2009).

¹⁹⁰ *Vid. infra* pp. 259 y ss de este trabajo.

¹⁹¹ Ariño Ortiz señala hasta once notas o caracteres de la teoría en la sentencia originaria. Nuestra doctrina actual se resume simplemente en cuatro requisitos. *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, p. 282 y 283.

formulación de la teoría del riesgo imprevisible que nuestra jurisprudencia del Supremo y Consejo de Estado han desarrollado. Tampoco se hace referencia, actualmente, a la necesidad de que todavía sea posible cumplir el contrato, pero eso también se sobrentiende pues el principio del riesgo imprevisible siempre se ha encuadrado en nuestro sistema como una excepción al principio del riesgo y ventura y éste queda claro que opera en el campo de la mayor onerosidad por lo que su excepción no cabe duda que también.

A cambio, se han añadido otros requisitos que no se encontraban expresamente reconocidos en la doctrina originaria como es el de la **ausencia de otros mecanismos** que permitan subsumir el desequilibrio así como un cuarto requisito que la jurisprudencia se ha encargado de incluir reiteradamente como es **la ausencia de culpa de los contratantes**. Requisito, éste último, que a pesar de la aparente obviedad, resulta fundamental para su distinción del supuesto de *factum principis* con el que comparte el origen externo e imprevisible del riesgo. Es precisamente la imputación del daño que se puede hacer a la Administración en el *factum principis* lo que los diferencia, de ahí que el TS no haya dudado en mantener dicho requisito de falta de culpa para el riesgo imprevisible¹⁹².

Algo menos clara resulta la jurisprudencia en cuanto a los efectos que debe desplegar la doctrina del riesgo imprevisible. Si bien los pronunciamientos han sido múltiples, puede decirse que los mismos adolecen de una imprecisión que complica su interpretación.

La STS de 13 de noviembre de 1986 estableció que la mayor onerosidad sobrevenida derivada de cualquiera de las exoneraciones del principio de riesgo y ventura “*ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación [...] mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de "rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato", mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que, por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el*

¹⁹² “[...] que para que sea aplicable dicha doctrina [...] como fórmula compensatoria es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles sean producidas sin culpa de los contratantes” STS de 26 de diciembre de 1990 (ROJ: STS 12946/1990)

interés público a él anejo”¹⁹³. Unos años más tarde, en su STS de 30 de abril de 1999, el Tribunal se manifestaba añadiendo que la mencionada doctrina: “*permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado*”¹⁹⁴.

Como se verá más adelante, la opción de la rescisión no parece ser la más oportuna no solo porque la LCSP no contemple entre los supuestos de resolución del contrato la mayor onerosidad debida a causas extraordinarias e imprevisibles¹⁹⁵ sino también porque, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la prestación sigue siendo posible, lo aconsejable, en virtud de la satisfacción del interés general, sería procurar su mantenimiento¹⁹⁶.

En cualquier caso, nuestra jurisprudencia ha sido siempre cautelosa a la hora de aplicar la doctrina del riesgo imprevisible permitiéndola únicamente en aquellos casos en que verdaderamente resulte un auténtico perjuicio para el interés general no hacerlo. Una aplicación laxa de la misma implicaría no solo una vulneración de las garantías del proceso de contratación con el consiguiente menoscabo de los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia, sino que también constituiría una suerte de seguro o garantía gratuitos de los riesgos de un contrato contraria al principio de riesgo y ventura que caracteriza la contratación pública.

Por último, y dando por hecho que la solución más lógica, en caso de que se considere justificada la aplicación de la doctrina, es la de indemnizar y no la de resolver el contrato, ¿cómo debe materializarse la indemnización correspondiente?

Si bien el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales recoge la doctrina en su articulado con cierta claridad, no hace lo mismo con respecto al modo en que la misma

¹⁹³ STS 1420/1986, de 13 de noviembre (ROJ: STS 6224/1986)

¹⁹⁴ STS de 30 de abril de 1999 (ROJ: STS 2956/1999)

¹⁹⁵ Ni el art. 211 ni el 279 LCSP contemplan entre las causas de resolución la mayor onerosidad, sino solo el incumplimiento del contrato y bajo determinadas condiciones (art. 211 f)

¹⁹⁶ “La solución más acorde con la naturaleza y finalidad del contrato administrativo es, sin duda, la revisión del mismo: el interés público que el contrato administrativo siempre encierra y su pronta realización exigen mantenerlo subsistente con las necesarias adaptaciones, bien mediante acuerdo entre las partes, que establezcan las condiciones en que se ha de desarrollar el contrato durante este periodo momentáneo de dificultades imprevistas, bien a través de la modificación judicial de los precios del contrato, o de la concesión a la contratista de una indemnización compensadora de la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de su prestación. Tal es la finalidad a que tiende la teoría de la imprevisión”. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., pp. 311 y 312.

debe concretarse, pues únicamente establece que en referencia a sus efectos la Corporación “revisará las tarifas y subvención” (art. 127.2 2º b). Nada dice, por tanto, acerca de cómo determinar esa revisión o de acuerdo a qué criterios. Parece lógico descartar la solución que Albi¹⁹⁷ propone de aplicar al supuesto de riesgo imprevisible la misma indemnización (completa) prevista para el supuesto de *ius variandi* contemplado en el art. 127. 2 2º a). Ello no es posible pues no supondría compartir el riesgo sino asegurarlo lo cual desvirtuaría por completo el principio de riesgo y ventura que exige que el contratista quede expuesto a los riesgos que acontezcan en el transcurso del mismo. La doctrina acepta, únicamente, su mitigación (que no aseguramiento) en estos casos¹⁹⁸.

Por su parte, la jurisprudencia parece tenerlo más claro. Solo ha existido debate jurisprudencial acerca de la inclusión o no del beneficio industrial con pronunciamientos del TS tanto en contra como a favor¹⁹⁹. Pero en lo relativo al grado de compartición de los daños por la Administración, la STS de 25 de abril de 1986 sienta con claridad las bases del alcance que debe tener esa compensación o deber administrativo de restablecimiento de la ecuación financiera de la Administración: “[...] *la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la **distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes**, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos*”²⁰⁰.

¹⁹⁷ ALBI, F., *Tratados de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 570 y 571.

¹⁹⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, "Artículo 98. Principio...", *op.cit.*, p. 727: “La conclusión unánimemente aceptada, de que el desequilibrio financiero que trae causa del ‘riesgo imprevisible’ no da derecho a una ‘indemnización integral’ sino a una suerte de reparto de sus consecuencias negativas entre la Administración y el concesionario es una muestra palpable de que se quiere llegar al núcleo de la cuestión atemperando lo que, de otra forma conduciría a una situación inadmisibles de privilegio (el ‘aseguramiento gratuito’ del concesionario contra toda contingencia)”.

¹⁹⁹ Vid. Abogacía General del Estado, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 1157.

²⁰⁰ “[...] Es lógico que así sea y en Justicia tiene que serlo, puesto que sí, no obstante los principios fundamentales de la contratación administrativa de inmutabilidad unilateral de lo pactado y de cumplimiento estricto de ello por ambas partes, se concede a la Administración la facultad, siquiera excepcional, de modificar las condiciones de «facto» en las que el servicio concertado había de prestarse por el contratista, con posibilidad de que de algún modo resulte más onerosa la prestación para éste, en justa y obligada compensación debe ser aquélla, como causante de este resultado, quien responda de todas las consecuencias de sus actos en la integridad de las parcelas del convenio que por su unilateral voluntad dejó alteradas, no asumibles por el contratista que ni siquiera debe compartir el perjuicio con quien lo

Como puede apreciarse, nuestro Alto Tribunal apuesta por una solución intermedia difícil de concretar, pero de la cual pueden extraerse dos exigencias claras sobre las que otras sentencias también se han pronunciado²⁰¹: que la indemnización debe ser parcial, nunca integral²⁰²; y que debe limitarse a impedir la ruina o quiebra de la concesión, en ningún caso garantizar beneficios. Cumpliendo dichos postulados, la compensación habrá de fijarse por la autoridad judicial de acuerdo a lo que una “distribución proporcional y razonable” haga aconsejable²⁰³.

desencadenó, y de ahí que, a la inversa, cuando la Administración también sea ajena a la producción del mismo, por ser consecuencia ésta de la aparición de circunstancias sobrevenidas y de cuyo impacto lesivo no se ve exenta en absoluto, la lesión resultante debe ser compartida en adecuada proporción entre ambos sujetos afectados”. STS 424/1986, de 25 de abril (ROJ: STS 10792/1986).

²⁰¹ Así lo señala el TS cuando afirma que es correcto “*entender improcedente resarcir a AUCAT por la totalidad de los conceptos que esta esgrime pues ni el restablecimiento del equilibrio económico-financiero equivale a garantizarle beneficios, ni comporta la asunción de los gastos relacionados con los recursos que interpuso*”; “*el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero a que conduce no comporta la compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario. De ahí que sea preciso, como dice la sentencia recurrida, establecer en términos concretos la medida del desequilibrio producido en la fase de ejecución*”. STS de 17 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 6176/2012)

²⁰² No obstante, el Consejo de Estado en su Dictamen 99/1998, de 14 de mayo, consideró que la Administración debía correr con la totalidad de los gastos derivados de los servicios de vigilancia en los que incurrió el contratista para evitar la acción de grupos violentos contra la obra en construcción.

²⁰³ Dada la falta de concreción de nuestra jurisprudencia, cobra especial relevancia el conjunto de normas que el Consejo de Estado francés fue desarrollando en aplicación de la doctrina originaria y que fueron compiladas por Ariño Ortiz. Dicho autor señala tres elementos fundamentales en la determinación de dicha indemnización. El primero es el de la determinación del momento a partir del cual el contratista puede pretender la indemnización. Para ello, habrá que fijarse en la fecha en que aconteciera el hecho dañoso en los casos de tipo medioambiental (fenómenos naturales); o en el momento en que, cumulativamente, se haya sobrepasado el precio límite y este aumento haya producido un auténtico trastorno de la economía del contrato (‘bouleversement’).

Una vez determinado lo anterior, deberá procederse a determinar el quantum de la carga extracontractual a repartir entre las partes, que no es otra cosa que la determinación del perjuicio o déficit sufrido por el contratista. Para su establecimiento Ariño Ortiz recopila, con importantes matizaciones de la doctrina clásica de Jèze, Hauriou, Laubadère y Pequignot, el conjunto de reglas que el Consejo de Estado francés fue dictando con dicho objetivo en posteriores sentencias:

1. No podrán ser tenidos en cuenta resultados anteriormente realizados (ni beneficios, ni déficits de momentos diferentes al litigioso)
2. Deberá tomarse en cuenta la integridad del déficit manifestado (sin posibilidad de compensar el déficit real con el déficit previsible).
3. Deberán tenerse en cuenta todas las actividades de un mismo contrato (compensando aquellas actividades que reporten beneficios con las que reporten pérdidas).
4. Solo se tendrán en cuenta los resultados del contrato en cuestión y no los de otros que pudiera tener el contratista con la Administración.
5. La carga de la prueba de esa carga extracontractual residirá en el contratista.

Por último, ya determinada la cantidad perjudicada, habrá de fijarse el porcentaje de participación en dicha pérdida de la Administración. De nuevo la lista de reglas establecida por el Consejo de Estado francés en las que deberá basarse esta operación son las siguientes²⁰³:

1. La indemnización no debe suponer un beneficio para el contratista. Deberá cubrir solo parte del daño emergente nunca el lucro cesante.
2. No deberá cubrirse nunca la totalidad del daño sufrido, sino que el mismo deberá ser compartido.
3. A diferencia de lo que sucedía en la fase anterior, aquí no solo podrán sino que deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias de la empresa (beneficios anteriores, capacidad financiera de la empresa, ...) lo que

Así pues, los fundamentos de la doctrina serían los siguientes:

La buena fe se erige aquí como una exigencia fundamentalmente debida como contrapunto de las prerrogativas, o poderes exorbitantes, de los que goza la Administración en la contratación pública. Como indican Villar Palasí y Ariño Ortiz, el deber de obediencia al que está sometido el ciudadano de a pie, así como también el contratista dentro del seno del contrato, demanda de la Administración cierta consideración en respuesta: *“justamente en contrapartida de esos deberes rigurosos que le impone, la Administración tiene para con el contratista una especial obligación de equidad y buena fe, necesaria para conseguir el clima de confianza que el contrato requiere, pues de otro modo se vería considerablemente dificultado en su ejecución”*²⁰⁴.

Esta buena fe y **equidad** debe plasmarse en nuestros contratos en términos de justicia, impidiendo, entre otras cuestiones, el enriquecimiento injusto de la Administración²⁰⁵ ya que, si el contratista hubiera sido consciente al momento de contratar de tal responsabilidad, habría configurado la oferta de otro modo. El riesgo anormal al que hace referencia esta doctrina implica que no pudo ser tenido en cuenta inicialmente por lo que tampoco pudo aceptarse implícitamente.

Dice Hauriou que *“El riesgo imprevisible se distingue del previsible; y en tanto que éste continua sometido a los principios de la justicia conmutativa (“cada uno soporta sus riesgos”), el riesgo imprevisible se declara común a las dos partes y se distribuye, por*

otorga un amplio margen de discrecionalidad al agente encargado de determinar la indemnización quien, en cualquier caso, deberá realizar una “interpretación razonable” y una apreciación equitativa. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., pp. 313-321.

²⁰⁴ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op. cit., p. 295. En el mismo sentido se pronuncia Villar Palasí: *“El progresivo crecimiento de las órdenes de la administración moderna, con nuevas finalidades y tareas de orden social, produce la creciente dependencia del ciudadano ante la Administración. Este aumento de dependencia, con la consiguiente pérdida de libertad, sólo puede compensarse con la mayor aplicabilidad del principio de buena fe”*. VILLAR PALASÍ, J.L., *Derecho administrativo*, tomo I, Universidad Complutense de Madrid, 1968 p. 549.

²⁰⁵ No obstante, Rebollo Puig señala que en muchas ocasiones los tribunales invocan la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración *“para teñir de de justicia o de equidad obligaciones patrimoniales con otras fuentes”*. Así ocurre *“para explicar las exigencias de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos”*, y en general le parece que en tales casos esas invocaciones del enriquecimiento injusto son *“superfluas y más bien inducen a confusión”*. Vid. *“Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho Administrativo”*, *Cuadernos de derecho local*, nº 12, 2016, p. 9; y *Enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, 1994, p. 117 y ss. Para otros, en cambio, el enriquecimiento injusto en estos casos se produce al decaer la causa del contrato con la circunstancia imprevisible, lo que da lugar a un desplazamiento patrimonial favorable a la Administración sin causa vid. ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 244.

así decirlo, entre ellas”²⁰⁶. Ese riesgo imprevisible es patrimonio y responsabilidad de ambas partes y, en consecuencia, deberá repartirse entre ellas. Lo contrario ha sido abiertamente declarado como injusto por nuestro Tribunal Supremo, que implícitamente reconoce el principio de igualdad de cargas públicas:

“Tal conclusión [la de soportar todos los riesgos imprevisibles] sería contraria al principio de la buena fe, [...] sería injusto que fueran los contratistas, por el mero hecho de serlo, los que soportaran exclusivamente (y no toda la comunidad) las pérdidas imprevisibles que pudieran originarse en la realización de obras o en la prestación de servicios dirigidos precisamente a una mejor satisfacción del interés general”²⁰⁷.

Y es que es unánime entre la doctrina y jurisprudencia ese llamado a la justicia que debe prevalecer en el contrato administrativo²⁰⁸. Badenes Gasset es especialmente explícito a este respecto calificando de “abuso” el no restablecimiento del equilibrio roto a causa de acontecimientos sobrevinientes imprevisibles y violentos que cambien radicalmente las circunstancias que existieron al contratar, y afirma, que “*no es menos cierto que si bien todo contrato implica un juicio valorativo del álea que se está dispuesto a correr, no tienen por qué respetarse contratos cuya observancia constituye una lotería para una de las partes y la ruina para la otra, a causa de los cambios sobrevinientes a que hemos hecho referencia*”. Añade, en referencia a ese enriquecimiento injusto de la Administración, que “*es indudable que repugna a toda conciencia jurídica el mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor*” en aquellos casos en que éste resulte “*notoriamente perjudicado*” y el acreedor, por el contrario, realice “*un beneficio completamente inesperado e insólito*”²⁰⁹.

En la misma línea el Consejo de Estado se ha manifestado en defensa de la noción de justicia en el contrato administrativo afirmando que “*su fundamento no es ajeno [...] a*

²⁰⁶ HAURIOU, M., “La teoría del riesgo imprevisible y ...”, *op. cit.*, p.2.

²⁰⁷ STS de 16 de septiembre de 1988 (ROJ: STS 13180/1988)

²⁰⁸ “*Había que acudir en su auxilio ante la aparición de sucesos imprevisibles que le ocasionaban un gran trastorno. Era una exigencia de la Justicia...*”. FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del...*, *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁹ BADENES GASSET, R., *El riesgo...*, *op. cit.*, pp. 19, 21 y 22.

los principios de equidad y buena fe”²¹⁰ ya que “la razón de ser de la teoría de la imprevisión [...] no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas”²¹¹.

Otro de los fundamentos clave de la doctrina la encontramos en la necesidad de mantener la **continuidad de los servicios públicos** que se prestan a los ciudadanos, cuya paralización generaría inconvenientes inconmensurables en el interés general²¹². Tal y como explica Badenes Gasset, “En los contratos concertados por la Administración interviene la importantísima noción de ‘servicio público’, que lleva consigo la idea de continuidad y el deber de la Administración de asegurar la ejecución ininterrumpida del mismo”²¹³. Es, por tanto, una obligación de la Administración garantizar dichos servicios, y así se lo traslada al concesionario al que le exige que, a pesar del déficit que padezca a causa de circunstancias sobrevenidas, mantenga el cumplimiento del mismo y no cese en la prestación del servicio de que se trate”²¹⁴.

Esta responsabilidad de la Administración ante los ciudadanos de proveer unos servicios determinados es lo suficientemente fuerte como para admitir en determinados casos la quiebra del principio de riesgo y ventura cuya interpretación rigurosa podría, en un intento de proteger a la Hacienda Pública con el establecimiento de un precio cierto, llevarnos al absurdo de poner al contratista en condición de no poderlos prestar. Éste es precisamente

²¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado 8/2003, de 13 de marzo.

²¹¹ Dictamen del Consejo de Estado 560/1997, de 24 de abril.

²¹² “[...] este mismo interés [el interés general], aunque ello pudiera parecer paradójico, explica también la teoría de la imprevisión en la misma materia de contratos administrativos, pues la ruina del concesionario privado también atenta a la continuidad del servicio público”. GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública* (RAP), nº 7, 1952, p. 46.

²¹³ BADENES GASSET, R., *El riesgo...*, op.cit., p. 150.

“El elemento esencial que provoca la aparición de la teoría es, por consiguiente, la idea de servicio público, idea que se incorpora al contrato y llega a dominarlo”. HAURIU, M., “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIII, nº 148, 1926, p.2.

²¹⁴ El objeto de la teoría de la imprevisión es, según Maurice Hauriou, el de conciliar esa obligación que se le impone al concesionario de continuar con la prestación a pesar de las dificultades económicas, con el interés del propio concesionario, pues no se puede pretender que éste se arruine por mantener la continuidad de unos servicios que solo le dan pérdidas. Por ello debe preverse en dichos casos algún tipo de indemnización. HAURIU, M., *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey, París, 1943, p. 445. Esta exigencia de la contuidad se encuentra en nuestra normativa de contratos tanto en la LCSP la cual recoge entre las obligaciones del concesionario la de “Prestar el servicio con la continuidad convenida” (art. 288 a) LCSP) como, más concretamente, en el RSCL en el que se especifica dicho deber “incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión...” (art. 128.1 1º RSCL).

el sentido teleológico del principio de equilibrio económico financiero entre cuyas manifestaciones se encuentra la doctrina del riesgo imprevisible²¹⁵.

Esta intención es la que precisamente señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra: “*el auténtico fundamento del ‘riesgo imprevisible’ no se encuentra tanto en la cláusula rebus cuanto en el mantenimiento del servicio ya que ahí radica el ‘interés público específico’ que debe presidir toda actuación administrativa. El concesionario puede perder buena parte de sus beneficios expectantes (es decir, el factor ‘ventura’ que implica todo contrato), pero no hasta el punto de que con ello se ponga en peligro la subsistencia del servicio porque, entonces, la compensación al concesionario surge como conducta debida por la Administración antes que como derecho exigible por el contratista (aunque lo uno y lo otro representen el haz y el envés de una misma actuación)*”²¹⁶.

Por último, deberíamos mencionar el **beneficio económico de la Administración**. Que la aplicación del principio del riesgo imprevisible favorece económicamente a la Administración y que esa es la idea que marca en buena parte la teoría de la imprevisión, es algo que García de Enterría ha explicado con una brillantez difícil de igualar²¹⁷ y que se podría resumir en palabras de autores como Jèze: un incremento desmesurado e

²¹⁵ “*Que en la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero de la concesión; que el segundo es un factor de modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público; y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias*”. STS de 28 de enero de 2015 (ROJ: STS 956/2015)

²¹⁶ VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, “Artículo 98. Principio...”, *op.cit.*, p. 727.

²¹⁷ “*El razonamiento no aboca ahora a proponer una liberación del contratista de tal grave carga por algún motivo de equidad, sino que trata de valorar nudamente las consecuencias prácticas que, no para el contratista, sino para la Administración, podría implicar una contratación sobre tal base. Y las consecuencias serían, alternativamente: o una defección de la oferta en las licitaciones, que quedarían en su mayoría desiertas [...] o, más razonablemente, la necesaria repercusión sobre las cifras ofrecidas por los contratistas de la prima de seguro que cubriese tales riesgos. Ambas dos soluciones serían perjudiciales para el servicio público. La primera, es obvio. La segunda, resulta según una simple valoración económica, pues la prima de seguro, [...] será notoriamente más oneroso a la Administración abonarla a través del precio de todos sus múltiples contratos que responder ella misma de los riesgos cuya cobertura busca el contratista. Es decir, que cuando la Administración acepta responder ella misma de ciertos riesgos libera al contratista de la necesidad de asegurarlos, y, por tanto, descarga las cifras de licitación de una partida importante; lo que decimos es que este ahorro conseguido en los precios de las obras remunera sobradamente la carga económica que la Administración asume por el hecho de aceptar los riesgos: y este es un argumento que no es válido para el supuesto normal contemplado por el Derecho civil de contratos aislados, sino que vale sólo, quizá, en el orden administrativo donde el elevado volumen económico de una contratación constante permite efectivamente al dominus obtener el beneficio de su autoseguro [...]*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor...”, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

irrazonable del riesgo que debe soportar el contratista, incrementará considerablemente el precio del contrato²¹⁸.

d) El principio del equivalente económico: *factum principis* y *ius variandi*

El principio del equivalente económico es un principio directamente derivado de la supremacía jurídica en la que se encuentra la Administración al contratar. Más concretamente, puede decirse que se configura como el contrapunto a las prerrogativas de las goza la Administración²¹⁹, a la que no se le puede impedir la modificación unilateral del contrato ni limitar su acción administrativa general ya que es su deber buscar en todo momento la adaptación del servicio público a las nuevas circunstancias así como desarrollar la actividad prestacional u ordenatoria que corresponda en defensa del interés general que le legitima²²⁰. Y ello a pesar de la intangibilidad que tradicionalmente se predica del contrato, tanto privado como administrativo, que exige el respeto a lo pactado por las partes en el contrato y que se desprende de la máxima “*pacta sunt servanda*” o del principio *contractus lex* del art. 1091 CC, así como del principio de riesgo y ventura.

Esta tensión entre la fidelidad a lo pactado y el interés general, o lo que es lo mismo, entre la rigidez del contrato y la elasticidad del servicio, se resuelve en nuestro Derecho Administrativo, como bien indica Blanquer Criado, mediante una aminoración de la estricta rigidez del “*pacta sunt servanda*” (o de su análogo en el contrato administrativo, el principio de riesgo y ventura): “*La satisfacción del interés general tiene primacía sobre la incondicionada fidelidad a lo pactado, y ello explica que las normas sobre contratación administrativa introduzcan distintas dosis de ductilidad o elasticidad, en el puro respeto y estricto cumplimiento de los acuerdos alcanzados*”²²¹.

²¹⁸ *Apud* ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.* p. 306, nota al pie 78.

²¹⁹ *Vid.* ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, p. 241 y 242.

²²⁰ JÈZE, G., *Principios generales del Derecho Administrativo*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 4: “*La organización de un servicio público propiamente dicho es modificable en cualquier momento. Esta posibilidad de modificación resulta de la obligación que incumbe a los agentes públicos de hacer funcionar lo mejor posible el servicio a su cargo. Es preciso poder realizar siempre las reformas aconsejadas por las transformaciones económicas, sociales y políticas, o por los nuevos ideales políticos y sociales. Ningún obstáculo jurídico puede impedir esa modificación*”. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, París, 1930, p. 449: “*le gouvernement ne peut pas abdiquer le pouvoir de modifier dans l'intérêt du public les conditions de fonctionnement d'un service public et même d'un service public concédé*”.

²²¹ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión...*, *op. cit.*, p. 882.

Dado lo anterior, se exige a la Administración que, en caso de ejercer dichas facultades, compense al contratista por los daños y perjuicios que se le hubiera podido causar directa o indirectamente. Esto es, que se restablezca el equilibrio económico inicial alterado.

El principio tiene un origen diverso. Con el *Arrêt Cie Compagnie Generale Française des Tramways*, de 11 de marzo de 1910 del Consejo de Estado francés se admitió, por primera vez con claridad²²², la facultad de modificar unilateralmente un contrato de concesión del servicio de transporte en tranvía. Tras reconocer que el Estado no puede desentenderse de la marcha del servicio una vez éste haya sido concedido, pudiendo, por tanto, exigir en su caso una prestación superior a aquella que estuviera prevista en los pliegos, así mismo recoge que dicha modificación unilateral en interés del servicio público, comporta una contrapartida para el concesionario bajo la forma de indemnización si las nuevas obligaciones exceden las previsiones iniciales del contrato de manera que afecten al equilibrio económico financiero del mismo.

Por su parte, el deber de indemnización de la Administración al contratista por los daños que pudieran ocasionar sus actos generales ajenos al contrato, es más bien producto de una progresiva jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el cual, si bien en un principio descartaba la indemnización en dichos supuestos, amparándose en el hecho de que la medida o actuación perjudicial en cuestión era justa y legítima por pertenecer a la esfera de su competencia y velar por el interés general, más tarde acabó reconociendo la necesidad de resarcir el daño cuando las consecuencias de la medida no hubieran podido preverse provocando un enriquecimiento injusto del Estado en detrimento de los intereses del contratista²²³.

Así pues, puede señalarse que el principio despliega efectos en dos supuestos de hecho diferentes: el *ius variandi* y el *factum principis*²²⁴. El *ius variandi* como poder de la

²²² Con el *Arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* de 10 de enero de 1902 el Consejo de Estado ya dio el primer paso en el reconocimiento de la facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos cuando así lo justifique el interés general, pero no fue hasta el *Arrêt Compagnie Generale Française de Tramways* cuando lo admitió abiertamente.

²²³ Para conocer los pormenores de la configuración histórica del *factum principis* Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op.cit., pp. 255-262.

²²⁴ “Son ambas, efectivamente, dos manifestaciones del principio del equivalente económico, pero se refieren a supuestos totalmente diferentes. El primero contempla, como hemos visto, modificaciones internas del objeto y contenido de la prestación, en su cantidad, calidad, plazo o demás circunstancias que la especifican; son alteraciones intrínsecas al contrato, originadas por actos de la Administración dirigidos precisamente a esa relación. El segundo, en cambio, se refiere más bien a intervenciones administrativas de tipo general (no referidas exclusivamente a un contrato) pero que suponen un cambio

Administración de forzar una variación del contenido del negocio objeto del contrato, de forma unilateral y una vez perfeccionado éste en la adjudicación. El *factum principis* como medidas adoptadas por la Administración producidas fuera del ámbito contractual propiamente dicho que le afectan considerablemente de manera directa²²⁵. El *ius variandi* – dice Ariño – emana de la potestad de policía y control de la que goza la Administración en sus contratos; mientras que el *factum principis* es fruto de su potestad ordenatoria general de la economía²²⁶.

Debe ponerse especial cuidado a la hora de apreciar el supuesto de *factum principis*, pues se dice que éste consiste en una modificación ‘indirecta’ del contrato (pues no se alteran realmente las cláusulas del mismo) pero ello no debe llevarnos a una concepción laxa del supuesto en el sentido de que entendamos que abarca cualquier tipo de medida llevada a cabo por la Administración que tenga alguna influencia en la economía del contrato²²⁷. Nada más lejos de la realidad, constituirán auténticos supuestos de *factum principis* únicamente aquellas medidas que de manera ‘directa’ lo agraven o hagan más oneroso. Es decir, podría definirse como aquella modificación ‘indirecta’ del contrato que conlleva consecuencias ‘directas’ en su economía. Ya lo señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: “*el «factum principis» consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato,*

en las condiciones externas (económicas, fiscales, sociales) de ejecución de éste; no se produce aquí alteración alguna en los elementos esenciales del contrato cuyo contenido íntimo queda formalmente inalterado, pero sí un desequilibrio en la valoración económica de las prestaciones, haciendo ésta, para el contratista, mucho más onerosa”. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op.cit., p. 263.

²²⁵ Precisamente por tener su origen en causas producidas al margen del contrato, esto es, en causas externas al mismo, puede confundirse dicha figura con la del riesgo imprevisible con la que comparte su origen externo e imprevisible. No obstante, no puede obviarse que en el caso del *factum principis* el daño o riesgo puede atribuirse a una de las partes de la relación, esto es, a la Administración, por lo que en función de la construcción que se haga de la responsabilidad podrá hacerse cargar a ésta con las consecuencias (en un supuesto de responsabilidad por culpa estricta, como sucedía antaño, la Administración no sería responsable; pero en caso de responsabilidad objetiva, como sucede en la actualidad, sí lo es). Por el contrario, la doctrina del riesgo imprevisible exige, entre sus requisitos, que ninguna de las partes sea la causante de la circunstancia.

²²⁶ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op.cit., p. 263.

²²⁷ A título de ejemplo cabe citar la STS de 16 de mayo de 2011 (Sentencia sobre la autopista AP-41 Madrid-Toledo con desdoblamiento de la M-407) en la que se descarta el *factum principis* alegado por la concesionaria (así como la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible), por considerar la construcción de una carretera paralela a una autopista en régimen de concesión una actuación no solo debida por las Administraciones en la búsqueda de la mejora de las instalaciones y los servicios de los usuarios, sino también un riesgo perfectamente encuadrable en el principio de riesgo y ventura. O el dictamen del Consejo de Estado 31/1992 que descarta que una subida de precios materializada por la Administración pueda ser constitutiva de *factum principis* por no considerarse un daño cierto y especial sino simplemente una medida general que todos los ciudadanos tienen el deber de soportar.

ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste”²²⁸.

Para la apreciación del *factum principis* deberán reunirse, por tanto, los siguientes requisitos²²⁹:

1. La imprevisibilidad de la medida: que en el momento de la licitación no fuera posible prever teniendo en cuenta siempre las exigencias de la buena fe contractual.
2. La relación de causalidad entre dicha medida y el perjuicio económico causado²³⁰.
3. Perjuicio o daño directo sobre la economía del contrato: en relación a esta cuestión, la doctrina del Consejo de Estado de hace años hablaba de dicho desequilibrio económico como un “daño económico cierto y especial” que haga la prestación “en exceso onerosa”²³¹. La jurisprudencia actual no exige, como sí hace para la doctrina del riesgo imprevisible, que dicho daño sea relevante y significativo sino simplemente que exista un daño derivado de la medida general, es decir, únicamente es necesario justificar el nexo de causalidad. Ahora bien, ese daño debe ser cierto y especial como concepto contrario a las cargas generales que la sociedad en su conjunto deba soportar²³².

²²⁸ Informe 7/2003 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 22 de diciembre.

²²⁹ “[...] como ya declaró este Consejo en su dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, existe “*factum principis*” cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del “*imperium*”. “Esta figura, que constituye una de las manifestaciones concretas del principio del equivalente económico, se refiere, como es sabido, a intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato”. Dictamen del Consejo de Estado 31/1992, de 13 de febrero.

²³⁰ Dictamen del Consejo de Estado 632/1994: “es necesario que exista una conexión directa e inmediata entre “el hecho del príncipe” y el perjuicio del contratista”.

²³¹ Dictamen del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1948.

²³² Dictamen del Consejo de Estado 31/1992: “Pero el acto de autoridad que se alega como fundamento del derecho a la indemnización, aun implicando una medida general de índole económica, no puede considerarse causante de un daño cierto y especial, sino de una carga general impuesta por las condiciones del mercado petrolífero. La subida de los precios correspondientes al ligante asfáltico en modo alguno puede imputarse a la Administración, que se limitó a traducir en pesetas los precios establecidos en el mercado internacional, aunque razones de índole política indujeran a primar ciertos derivados del petróleo [...] Constituye así el incremento de aquellos precios una carga general y que a todos afecta de algún modo. Por esto, en su fondo, los acuerdos del Gobierno español sobre subida de precios del petróleo y derivados no constituyen actos libres de imperio sino condicionados por exigencias de la realidad económica mundial, lo que impide apreciar un supuesto de “*factum principis*””. Dictamen del Consejo de Estado 632/1994: “el “hecho del príncipe”, para que se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento para el contratista ha de producir un daño especial a ese último que no derive de disposiciones de carácter general que se impongan como cargas públicas para todos los ciudadanos”.

En lo relativo a la valoración del daño el Reglamento de Servicios indica en su art. 126.2. b) en función de qué parámetros debe mantenerse el equilibrio económico: “*de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial*”. En cuanto al *quantum* de participación de la Administración existe consenso sobre el alcance integral o completo que debe tener la indemnización en estos casos²³³.

Nuestra normativa de contratos ofrece, en principio, total libertad en cuanto a la forma que la compensación económica del daño debe revestir. Menciona, entre sus posibilidades la modificación de las tarifas y del plazo del contrato pero no excluye la posibilidad de que se dé una compensación en forma de indemnización²³⁴. En cualquier caso, esta cuestión será abordada con mayor detenimiento en el apartado correspondiente al estudio del régimen de modificados previsto por la nueva Ley en relación con el riesgo operacional, al cual nos remitimos²³⁵.

El principio del equivalente económico, a diferencia de lo que ocurría con la doctrina del riesgo imprevisible, sí ha sido recogido tanto en nuestra norma estatal de contratos (LCSP) como a nivel local en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El art. 290 LCSP recoge ambas manifestaciones del principio del equivalente económico (*ius variandi* y *factum principis*) para el contrato de concesión servicios²³⁶. En el ámbito

²³³ “Esta Sala ha venido declarando –así SSTs de 14 de marzo de 1985 y 25 de abril de 1986– que cuando el desequilibrio tiene su origen en una actuación de la Administración la compensación es total y se extiende por tanto al daño emergente y al lucro cesante, lo que implica la inclusión de los tres conceptos clásicos que determinan la retribución del concesionario: coste del establecimiento, gastos de explotación y beneficio industrial –arts. 126.2 b) y 129.3 del Reglamento de Servicios”. STS 1657/1986, de 20 de diciembre (ROJ: STS 8764/1986)

²³⁴ La LCSP establece en el apartado 5 del art. 290 relativo al equilibrio económico de las concesiones de servicios lo siguiente: “En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”.

²³⁵ Vid. *infra* pp. 281 y ss de este trabajo.

²³⁶ Art. 290 LCSP 2017: “2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. [...]

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

local el principio se plasma en el art. 127.2.2º Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales²³⁷.

Podemos predicar aquí los mismos fundamentos que los desarrollados con respecto a la doctrina del riesgo imprevisible (justicia, buena fe, equidad y continuidad del servicio público). Si ya era de justicia según la doctrina del riesgo imprevisible que el contratista fuera resarcido de un riesgo extraordinariamente imprevisible, *a fortiori* lo será cuando dicho daño, por mucho que se encuentre justificado en el interés general, pueda imputarse a una de las partes del contrato²³⁸.

Por último, conviene señalar que son muchos los autores que señalan que el fundamento del *factum principis* no es otro que la responsabilidad extracontractual de la Administración²³⁹. Se trataría –dice García Enterría– de una responsabilidad extracontractual pero “*liquidable en el seno del contrato*”²⁴⁰. En efecto, al traer causa en una medida adoptada al margen del contrato en virtud de sus facultades administrativas

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato [...]”

²³⁷ Art. 127 RSCL: “2. La Corporación concedente deberá:

2º. Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución”.

²³⁸ “tal indemnización es pertinente, en todo caso, para establecer una necesaria compatibilidad entre los poderes exorbitantes de la Administración en garantía del interés público con la ecuación económica que a todo contratista afecta. Así, si bien la Administración no está vinculada al cumplimiento de un contrato cuyo contenido haya quedado inútil o sea pernicioso y contraproducente con la razón del servicio público, tal falta de vinculación y la facultad de alterar, suspender o receder el contrato no debe ir en demérito y a costa del administrado, cuya situación alcanzó el rango de derecho subjetivo”. Dictamen del Consejo de Estado de 18 de abril de 1952.

“[...] en justa y obligada compensación debe ser aquélla, como causante de este resultado, quien responda de todas las consecuencias de sus actos en la integridad de las parcelas del convenio que por su unilateral voluntad dejó alteradas, no asumibles por el contratista que ni siquiera debe compartir el perjuicio con quien lo desencadenó, y de ahí que, a la inversa, cuando la Administración también sea ajena a la producción del mismo, por ser consecuencia ésta de la aparición de circunstancias sobrevenidas y de cuyo impacto lesivo no se ve exenta en absoluto, la lesión resultante debe ser compartida en adecuada proporción entre ambos sujetos afectados [...]” STS 424/1986, de 25 abril (ROJ: 10792/1986)

“[En derecho privado] No se comprende, en efecto, por qué, si la víctima ha sido golpeada por un injusto destino, se la debe indemnizar al precio de una carga voluntariamente impuesta a un tercero no menos inocente que él. Por el contrario, en Derecho administrativo el perjuicio habrá sido causado a menudo de forma deliberada a la víctima por la autoridad pública, que no podría ignorar que su acción lesionaria los intereses legítimos de la víctima eventual, pero que ha aceptado crear ese riesgo e imponer tal daño inevitable, porque esto es la consecuencia de la actividad necesaria al interés público. Es una exigencia del interés público la que ha legitimado esta acción, no obstante los daños que pudiesen, incluso inevitablemente debiesen, producir”. WALINE, en el prefacio de la obra de CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1957, p. 11.

²³⁹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, op.cit., p. 267; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1954, p. 205.

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de ...*, op. cit., p. 205.

generales, es de toda lógica enmarcar los perjuicios que ésta pudiera causar en una responsabilidad también externa al contrato. El Consejo de Estado ha precisado este aspecto afirmando que “[...] *la mera concurrencia de una típica relación jurídica entre la Administración y reclamante no prejuzga, sin más, la necesidad de sustanciar la reclamación a partir de las normas reguladoras de aquella relación. En determinados casos, la existencia de una previa relación jurídica se configura como presupuesto "de facto" para la efectividad de una eventual responsabilidad extracontractual [...] Resulta pacífico que el fundamento de la indemnización en el caso del "factum principis" es el mismo de la responsabilidad extracontractual de la Administración en general*”²⁴¹.

II. LA DIRECTIVA 23/2014: EL RIESGO OPERACIONAL COMO ELEMENTO CLAVE DE LA CONCESIÓN

2.1. Precedentes de la directiva

Entre la gran labor de homogeneización que la UE ha desarrollado desde sus orígenes en distintos ámbitos que, por supuesto, incluyen el de la contratación pública destacan en materia de concesiones y colaboración público-privada documentos como la Comunicación sobre las concesiones en derecho comunitario del 2000²⁴², el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 2004²⁴³, la Comunicación sobre el compromiso europeo en el ámbito de los servicios de interés general de 2007²⁴⁴, y las Comunicaciones relativas al desarrollo de la colaboración público-privada de 2008 y 2009²⁴⁵. Sin olvidar

²⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado 31/1992 de 13 de febrero.

²⁴² Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121.

²⁴³ Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final.

²⁴⁴ Comunicación de la Comisión “Un mercado único para la Europa del Siglo veintiuno. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo”, de 20 de noviembre de 2007, COM(2007) 725 final.

²⁴⁵ Comunicación interpretativa relativa la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada, de 5 de febrero de 2008, COM(2007) 6661 y Comunicación relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y al cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada, de 19 de noviembre de 2009, COM(2009) 615 final.

la Comunicación “Estrategia Europa 2020”²⁴⁶ que desde 2010 viene marcado el rumbo de la política europea, con un objetivo único y primordial: resurgir de la crisis. Todas ellas reflejan que la contratación pública no ha sido, ni mucho menos, una cuestión marginal para la UE, sino más bien todo lo contrario: ha constituido una de sus principales fijaciones como instrumento para lograr la recuperación económica, fortalecer la lucha contra la corrupción y garantizar una política generalizada de austeridad.

En la evolución que la contratación pública ha experimentado a nivel europeo puede observarse como la concesión no es abordada, en ninguna de sus modalidades, hasta la directiva 89/440/CEE²⁴⁷, por la que se modifica la directiva 71/305/CEE²⁴⁸, y en la que se incluye, en el artículo 1 *ter*, la referencia a los contratos de concesión de obras para la aplicación de las normas de publicidad correspondientes. Posteriormente, con la directiva 93/37/CEE²⁴⁹ que sustituye la 71/305, se confirma lo anterior con la inclusión del contrato de concesión en su modalidad de obras. Ello fue inevitable dada la creciente importancia que la misma venía experimentando en los últimos años, tal y como reconoce la propia directiva²⁵⁰. La de servicios, por su parte, tardó mucho más en ser considerada a nivel comunitario. Si bien es mencionada en la directiva 2004/18/CE²⁵¹, se la excluye expresamente del ámbito de aplicación de la misma²⁵², quedando reducida a una simple definición de su objeto en el apartado cuarto del artículo 1. Hubo, por tanto, que esperar a la reciente directiva 2014/23/UE para que la concesión de servicios fuese incluida por primera vez en la normativa europea de contratación pública, regulándose de manera conjunta con la concesión de obras y en una directiva diferente a la del resto de contratos los cuales se recogen en la 2014/24/UE.

²⁴⁶ Comunicación de la Comisión “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, COM(2010) 2020 final.

²⁴⁷ Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

²⁴⁸ Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

²⁴⁹ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

²⁵⁰ “Considerando que, habida cuenta de la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica, resulta conveniente incluir en la presente Directiva normas relativas a su publicidad”. Directiva 93/37/CEE.

²⁵¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

²⁵² Art. 17 Directiva 2004/18/CEE.

Sin embargo, hasta entonces, las concesiones de servicios han estado sujetas a varias disposiciones del derecho comunitario originario como son los principios de transparencia, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y reconocimiento mutuo sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), así como los de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, y libertad de establecimiento del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁵³.

Así lo reflejan tanto las Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*²⁵⁴; de 21 de julio de 2005, *Coname*²⁵⁵; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*²⁵⁶; de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*²⁵⁷; y de 13 de abril de 2010, *Wall AG*²⁵⁸, entre otras, como la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario del 2000. Esta última recogía que esa falta de reconocimiento expreso de la concesión de servicios en las directivas (esto es, en el derecho comunitario derivado) “*no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal*”²⁵⁹. En la misma línea, el Tribunal de Justicia dejó claro que las autoridades públicas que los celebraran se encontraban obligadas, no obstante, “*a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE, y en especial, el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad*”²⁶⁰. Más específicamente, puntualizó que dicha prohibición constituía “*una expresión específica del principio de igualdad de trato [...] que tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad [...]. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los*

²⁵³ Arts. 18 a 30, 49 a 62 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁵⁴ STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, asunto C-324/98.

²⁵⁵ STJUE de 21 de julio de 2005, *Coname*, asunto C-231/03.

²⁵⁶ STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-458/03.

²⁵⁷ STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, asunto C-324/07.

²⁵⁸ STJUE de 13 de abril de 2010, *Wall AG*, asunto C-91/08.

²⁵⁹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, pp. 6 y 11.

²⁶⁰ STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-324/07 (ap. 46).

licitadores es aplicable a las concesiones de servicios aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad”²⁶¹. Así mismo, estableció que tales principios implicaban una “obligación de transparencia” que recaería sobre la autoridad pública concedente y que consistiría “en garantizar en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”²⁶².

Dichas sentencias corregían una práctica que venía siendo habitual en la contratación de varios de los Estados Miembros: la de adjudicar, directamente y sin licitación, contratos de concesión de servicios a empresas y a organismos total o mayoritariamente públicos sin la observancia de los principios más elementales, bajo el pretexto de no estar dichos contratos sometidos a ninguna de las directivas sobre contratación pública. El Tribunal de Justicia aclaraba de este modo que, a pesar de no estar regidos por el derecho derivado, sí lo hacían por el originario y éste, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, sí obligaba al respeto de los principios fundamentales del Tratado, alertando de que la continuación de dichas prácticas constituiría una actuación prohibida por el mismo.

2.2. Justificación de la Directiva: La necesidad de armonizar para evitar la huida a las concesiones.

Como se acaba de apuntar, las concesiones de servicios apenas acaban de estrenarse en el derecho derivado europeo. A pesar de ello, la filosofía fundacional de la UE basada en la eliminación de barreras, transparencia, igualdad de trato, etc, sí les resultaba de aplicación durante todo este tiempo. En cualquier caso, cabe preguntarse por qué la concesión de servicios no experimentó la misma evolución que la de obras, pues como ha podido observarse, la plasmación de esta última en las directivas europeas no solo se hizo mucho antes sino que además se planteó como una auténtica necesidad, mientras que la de servicios ha sido obviada durante mucho tiempo.

La realidad es que la intención de incluir la concesión de servicios en las directivas se remonta a principios de los años 90. Ya entonces la Comisión expuso dichas intenciones

²⁶¹ *Ibidem* (ap. 48).

²⁶² STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria* y *Telefonadress*, asunto C-324/98 (ap. 62).

en las propuestas previas de la Directiva 92/50/CEE²⁶³ alegando su “*indudable y creciente importancia*” en muchas zonas, así como su importante valor en operaciones transfronterizas²⁶⁴. Del mismo modo, en la medida en que la concesión de obras sí estaba incluida en la correspondiente Directiva 71/305, consideraba la Comisión que la de servicios también debía estarlo en la suya correspondiente “*a fin de mantener cierta coherencia entre los procedimientos de adjudicación*”²⁶⁵.

Sin embargo, tal pretensión se vio truncada por el Consejo en el posterior desarrollo legislativo al elaborar una Directiva en la que no se hacía referencia alguna a las concesiones de servicios ya que consideró que dicha inclusión podría producir un “*gran desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios*”, dadas las “*diferencias existentes en los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos*”²⁶⁶. Una justificación muy similar a la que también dio el Consejo en las propuestas previas de la primera directiva de adjudicación de contratos públicos en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones, (la Directiva 90/531²⁶⁷, pronto sustituida por la 93/38²⁶⁸), en las cuales argumentaba que tales concesiones de servicios solo tenían lugar en uno de los Estados por lo que no debía armonizarse dicho contrato en tanto no se llevara a cabo un estudio exhaustivo previo relativo a las diferentes modalidades de concesión de servicios de cada Estado miembro²⁶⁹. En definitiva, estas

²⁶³ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

²⁶⁴ “*Las concesiones de servicios públicos [...] quedan sujetas a las normas de publicación de la directiva dada su indudable y creciente importancia en muchas zonas de la Comunidad. Experiencias recientes indican que las concesiones de este tipo pueden generar muchas operaciones transfronterizas*”. Propuesta de Directiva 91/C 23/01, del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, de 6 de diciembre de 1990. COM (90) 372 final, p. 4.

²⁶⁵ Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05, del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, de 30 de agosto de 1991. COM (91) 332 final, p. 14. Así mismo, en las páginas 6 y 7 expresa esa intención de igualar ambos regímenes: “*A la adjudicación de concesiones de servicios públicos se les aplica el principio de la publicidad [...] Con esta disposición, que, salvo en lo que se refiere al umbral, es la misma que la aplicada a la adjudicación de concesiones de obras públicas en la Directiva de obras públicas, se garantiza que los proveedores de servicios interesados tengan conocimiento de que se va a adjudicar una concesión*”.

²⁶⁶ Así lo indica la sentencia *Telefonadress y Teleaustria* con cita en el documento n° 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha. *Vid.* STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Telefonadress y Teleaustria*. (ap. 48).

²⁶⁷ Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

²⁶⁸ Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

²⁶⁹ Documento n. 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, punto 10, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de este último, de la misma fecha, sobre la Propuesta modificada de

grandes diferencias existentes en los distintos Estados Miembros en materia de delegación de gestión de servicios públicos, con multiplicidad de modalidades de concesión en cada uno de ellos, justificaron la postergación del tratamiento comunitario de las concesiones de servicios.

Así pues, interesa especialmente analizar las razones que determinaron, esta vez sí, la armonización de las concesiones en el ámbito europeo. Lo sorprendente es que es precisamente esa diversidad existente a la que se ha aludido constantemente para hacer este tipo de contratos una materia ‘inabordable’ la que ha motivado definitivamente su tratamiento comunitario en la Directiva 23/2014. Ésta, en sus considerandos, plantea la necesidad de dicha regulación basándose en dos ideas fundamentales.

La primera de ellas es la **inseguridad jurídica** que produce la ausencia de unas normas claras y coordinadas en materia de contratos de concesión. Dicha inseguridad puede tener dos consecuencias verdaderamente negativas: la obstaculización a la libre prestación de servicios, falseando la competencia e impidiendo que, especialmente, pequeñas y medianas empresas puedan acceder a un mercado lleno de oportunidades; así como la facilitación del despilfarro de los fondos públicos por las autoridades de los Estados que, en ausencia de normas claras, pueden aprovechar para hacer un mal uso de dichos fondos. La segunda tiene que ver con el **papel clave** que la contratación pública desempeña en términos de **crecimiento del mercado interior**. La concesión se constituye como un instrumento esencial que permite a los Estados aunar en un único tipo de contrato varios objetivos primordiales para la Unión Europea y sus Estados Miembros en la actualidad. Así, resulta de vital importancia su promoción pues constituyen el modo más idóneo para lograr el desarrollo estructural de los distintos países mediante la inversión en infraestructuras y en servicios estratégicos; así mismo, fomenta la competencia entre los operadores económicos promoviendo la innovación, lo que sin duda revierte positivamente en los ciudadanos que disfrutan de servicios e infraestructuras de mayor calidad a mejor precio; y favorece el control sobre la utilización eficiente de los fondos públicos.

Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Ahora bien, el principal objetivo de la Unión Europea era el de evitar lo que Huergo Lora llama “la huida a las concesiones”²⁷⁰. En efecto, la disparidad de concepciones en los Estados Miembros acerca de lo que la concesión de servicios significa y la ausencia de unas normas claras permitía a estos Estados tramitar como contratos de concesión contratos que en realidad merecían la calificación de contratos de servicios y que, como tales, debían estar sometidos a los procedimientos de licitación de las Directivas.

Es cierto que con respecto a determinados Estados como el nuestro, la preocupación comunitaria era menor dado que nuestro legislador, a pesar de tener la posibilidad de no someter a las concesiones de servicios a las normas sobre licitación del resto de contratos, eligió equiparar las exigencias para todos los contratos con diferencias mínimas²⁷¹. De este modo, no resultaba (ni resulta tampoco ahora) más atractivo (en este sentido licitatorio)²⁷² calificar falsamente el contrato como de servicios. Por el contrario, si lo era conseguir que dicho contrato, al calificarse como de concesión y transmitir supuestamente el riesgo al operador privado, no consolidase como deuda y déficit y así permitiese paliar la escasez de recursos y eludir los límites de déficit y deuda impuestos por la Unión²⁷³. De este modo, en España la huida a las concesiones también tenía lugar

²⁷⁰ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 4, INAP, 2017, p. 35.

²⁷¹ Así lo afirma Hernández González: “la ausencia de un marco normativo armonizado permitía que, en algunos Estados miembros, las concesiones de servicios pudieran adjudicarse directamente sin publicidad y sin concurrencia, lo que ha dado lugar a un número importante de sentencias del TJUE, en las que se reconoce el incumplimiento de los principios del Tratado. Sin embargo, no ha sido éste el caso de España. A diferencia de lo sucedido en otras materias, en las que hemos sido advertidos y sancionados por la Unión Europea (empresas públicas, contratación doméstica, modificación contractual,...), ninguna de las sentencias recaídas en materia de adjudicación de concesiones de servicios afectan a nuestro país”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicio público”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, nº 60, abril 2016, p. 56. No obstante, esta “menor preocupación” no significa que el TJUE no haya estimado en varias ocasiones que España ha incumplido la normativa comunitaria en materia de contratación pública. Sirva de ejemplo entre muchas la STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-158/03, Comisión contra España.

²⁷² Precisamos “en sentido licitatorio” porque, en efecto, las concesiones en España no resultaban atractivas para evitar el sometimiento a las normas de adjudicación pero sí lo eran por otros motivos relacionados con la contabilidad de dichas operaciones. Como se explicará en los siguientes apartados, la transmisión del riesgo podía permitir, en según que casos, que dicho contrato no consolidase como deuda y déficit y así permitiese a la Administración paliar la escasez de recursos y eludir los límites de déficit y deuda impuestos por la Unión.

²⁷³ Esta relación de la concesión con la contabilidad de los Estados se explicará más adelante en lo relativo al origen del riesgo operacional. *Vid. infra* p. 170 y ss de este trabajo.

solo que se hacía por otros motivos relacionados con la contabilidad de dichas operaciones²⁷⁴.

Por el contrario, en otros países como Alemania existía una fuerte resistencia liderada por los conocidos *Länder* que se oponía a someter a procedimientos de licitación determinadas fórmulas contractuales a través de las cuales tradicionalmente prestaban muchos de sus servicios sociales²⁷⁵. Su tramitación como concesiones de servicios había sido, hasta el momento, el recurso mediante el que las entidades alemanas conseguían eludir las normas de licitación. Por esta razón, se convirtieron en la principal obsesión de las autoridades europeas.

No podía seguir sucediendo que este tipo de contratos, con un enorme interés para el sector privado y unos grandes beneficios potenciales para el mercado interior, vieran limitado su acceso mediante el subterfugio de la calificación como concesión. Era necesario, por tanto, que las instituciones europeas se pronunciaran en una norma de forma unívoca y detallada sobre las diferencias entre el contrato de servicios y el de concesión de servicios ya que el valor interpretativo de la jurisprudencia y las comunicaciones de la Comisión carecía de la fuerza sistematizadora que se estaba demandando. Las definiciones dadas en las Directivas de contratación en vigor resultaban escuetas para la complejidad que la práctica ha demostrado pueden alcanzar algunas concesiones, especialmente en lo relativo a fórmulas de remuneración o destinatarios y pagadores del servicio. La casuística de los Estados demostraba una variedad muy amplia.

Se tenía que elegir un criterio diferenciador y así se hizo: aquel contrato que transfiriese el riesgo operacional al operador privado sería considerado concesión y aquel que lo retuviera en la Administración, contrato de servicios. Se concretaba así un concepto que venía utilizándose por la doctrina y jurisprudencia europeas de manera un tanto vaga y poco precisa para lograr, definitivamente, el cambio de paradigma.

²⁷⁴ Cuando se recurre a la concesión por estos motivos contables y no por motivos licitatorios Huergo acude a la expresión “huida al capital privado”. HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p.41.

²⁷⁵ Sobre esto, *vid.* HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, pp. 36, 37 y 38.

III. EL CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL: QUÉ ES Y QUÉ RIESGOS COMPRENDE

3.1. Precedentes del riesgo operacional: El riesgo de explotación.

A partir de la Directiva 23/2014, la concesión pasa de ser una institución contemplada a medias en algunas directivas a tener la suya propia. Uno de los aspectos más llamativos es precisamente el tratamiento separado que se hace de la concesión desvinculándolo del resto de contratos. La razón puede tener que ver con la necesidad de acentuar el principal distintivo de los contratos de concesión: el riesgo.

Decimos que el concepto de ‘riesgo operacional’²⁷⁶ que se introduce con la directiva es un término relativamente nuevo ya que lo cierto es que ha venido utilizándose desde hace años por la jurisprudencia y la doctrina de la Unión Europea bajo la más común denominación de ‘riesgo de explotación’²⁷⁷. Si bien, como se verá, los términos no pueden considerarse sinónimos en sentido estricto, no cabe duda de que el ‘riesgo de explotación’ ha sido el precedente de lo que ahora conocemos como ‘riesgo operacional’.

En los últimos años la jurisprudencia y doctrina comunitarias han venido insistiendo en esta única característica del riesgo como elemento caracterizador de la concesión. No obstante, hubo un tiempo en que eran varios los elementos tomados en cuenta para diferenciarla del resto de contratos. Así, resulta conveniente hacer un repaso de las aportaciones al respecto que realizaron tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como las instituciones europeas en sus más importantes sentencias, comunicaciones y libros verdes, respectivamente, así como de la interpretación que hizo de las mismas nuestra doctrina administrativa (Juntas Consultivas y Tribunales Administrativos de recursos contractuales) con el objetivo de analizar cuáles fueron esos criterios que

²⁷⁶ Obsérvese que el término riesgo operacional es el resultado de una mala traducción de su correlativo en inglés “operational risk”, habiendo sido más correcto traducirlo al español como ‘riesgo operativo’, tal y como han hecho los italianos quienes hablan de “rischio operativo”.

²⁷⁷ Para profundizar sobre la evolución del concepto de riesgo de explotación tanto en el ámbito comunitario como en nuestra doctrina, *vid.* HORCAJUELO RIVERA, V., “El elemento de transmisión de riesgo en los contratos de concesión de gestión de servicio público”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de derecho administrativo 2016*, Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 853-864.

antecedieron al riesgo operacional y cómo han ido evolucionando hasta concretarse en uno solo²⁷⁸.

3.1.1. Doctrina de la Unión Europea

La Comunicación interpretativa del año 2000 señalaba como principal característica distintiva de la concesión de obras “el derecho de explotación”²⁷⁹. A partir de dicho derecho, deducía una serie de indicios para distinguir este tipo de contratos. El primero de ellos era el **cobro a los usuarios** de un precio (a través de tarifas o peajes); el segundo, la transferencia de la **responsabilidad de la explotación**, que suponía asumir no solo los riesgos vinculados a cualquier construcción sino también los vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. No obstante, ambos criterios podían compartirse con la Administración. Así lo manifestaba la Comunicación al afirmar que el hecho de que el Estado asumiera parcialmente el coste de la explotación mediante los llamados ‘precios sociales’ a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario “*no altera(ba) en nada*” el análisis, siempre y cuando dicho pago “*no elimin(ase) el riesgo inherente a la explotación*”, es decir, “*si el precio pagado cubre solo una parte del coste de la obra y de su explotación*”. Incluso admite la posibilidad de que sea la Administración quien abone íntegramente la remuneración al contratista: “*aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación*”.

Con respecto a este riesgo, señalaba que “*el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa(ba) en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión*”. Así pues, la remuneración podía tener un origen doble y proceder tanto de los usuarios como de la Administración; y el riesgo podía repartirse con la entidad concedente mientras dicha repartición no eliminara el riesgo por completo. En todo caso, se erigía como criterio indispensable la transmisión de la responsabilidad derivada del derecho a explotar la obra: “*lo determinante es la*

²⁷⁸ A este respecto, resulta especialmente recomendable el Informe 2/2012, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en la que se hace un análisis exhaustivo tanto a nivel comunitario como nacional de la evolución de criterios seguidos para la distinción de los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad concesional.

²⁷⁹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, pp. 4-11.

presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos”.

De forma análoga, se definía la concesión de servicios a partir de los mismos elementos que para la concesión de obras (asunción del riesgo de explotación del servicio fundamentalmente). Sin embargo, si bien reconoce que las concesiones en general (de obras o de servicios) tienen las mismas características, con respecto a la de servicios la Comunicación afirma que existe concesión cuando se cobra una “parte significativa” de su remuneración al usuario, no afirmando (como sí lo hacía con la de obras) la posibilidad de que la remuneración fuera íntegramente satisfecha por la Administración concedente. A pesar de la imprecisión, lo lógico es entender dicha posibilidad factible también en la concesión de servicios dada la igual naturaleza de estos contratos, tal y como reconoce la propia Comunicación.

Así mismo, la Comunicación añadía una tercera característica, esta vez sí, exclusiva de la concesión de servicios: la normal incidencia de estos **servicios** “*en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales*”. Se refería a aquellos actos (contratos o actos unilaterales) por los que una Autoridad pública confía o encomienda a un tercero la gestión total o parcial de servicios de interés general que normalmente son de su competencia, siempre y cuando dichos servicios puedan entenderse como prestaciones de carácter económico (es decir, susceptibles de explotación). La falta de alguno de estos dos requisitos (competencia del Estado y carácter económico) permitían descartar algunas actividades como susceptibles de prestarse por el modo concesional. Y señala, por ejemplo, el servicio de educación (escolaridad) cuya obligatoriedad considera la Comisión que elimina toda posible explotación, así como las meras habilitaciones o autorizaciones para ejercer actividades económicas sobre las que la Administración no tiene ninguna competencia especial o exclusiva. Y es que la Comunicación afirmaba que las concesiones se distinguen del resto de contratos “*como consecuencia fundamentalmente de la delegación de servicios de interés general que conlleva este tipo de asociación*”.

El Libro Verde sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones del 2004²⁸⁰, ahondó en la importancia de este último aspecto de la concesión al señalar como característica principal de este modelo de colaboración público-privada “*el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control.*” Así, se refuerza la idea de que no se trata de cualquier servicio sino solo de aquellos que se prestan directamente a los ciudadanos y en sustitución de la Administración. Se insistía, también, en que la remuneración del contratista procedería de los usuarios del servicio con la posible complementación de los poderes públicos mediante la concesión de subvenciones.

Según todo lo anterior, a principios del año 2000 las notas características de la concesión de servicios según la doctrina comunitaria eran las siguientes:

- Transmisión del riesgo de explotación al concesionario que se conecta directamente con una remuneración en función de la utilización del servicio.
- Remuneración total o parcial procedente de los usuarios (aceptando la posibilidad de que fuera abonada íntegramente por la Entidad concedente si era en función de la frecuentación).
- Prestación de servicios de interés general competencia del Estado con carácter económico.

3.1.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

De manera simultánea, el TJUE coadyuvó en la delimitación de estos dos tipos de contratos con el desarrollo de una doctrina jurisprudencial en la misma línea que la anterior pero con alguna que otra aportación propia. Las sentencias de mayor relevancia pueden clasificarse en cinco grupos atendiendo a los criterios o indicios utilizados para la diferenciación de los contratos. A continuación se exponen sucintamente los más representativos.

²⁸⁰ Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, p.9.

Carácter público o interés general del servicio que se presta

Sentencias que, para identificar la concesión, hicieran alusión al interés general del servicio prestado o a su carácter público vinculándola únicamente a servicios que fueran competencia de la Administración (tal y como hacía la Comunicación del 2000) eran prácticamente inexistentes. De esta circunstancia se infiere que para el TJUE resultaba bastante irrelevante que la prestación satisficiera un interés general o público o no. Únicamente cabe señalar un Auto de 2002²⁸¹ por el cual el Tribunal de Justicia indirectamente confirmaba el criterio del órgano jurisdiccional remitente de que el contrato consistente en la reproducción y difusión de la bibliografía de una biblioteca alemana constituía una concesión por ser el servicio de interés general y por suponer una transmisión del riesgo al empresario ya que no era remunerado por la entidad adjudicadora.

Responsabilidad por daños causados a terceros

Una sentencia importante, precisamente dirigida contra España, es la del 27 de octubre de 2005²⁸² según la cual se calificaba como de servicios, y no de concesión, un contrato llevado a cabo por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) para la prestación de los servicios de terapias respiratorias a domicilio²⁸³. La razón esgrimida por el Tribunal para negar al contrato la naturaleza concesional era que la responsabilidad por los daños causados a terceros que pudieran derivarse de dicha prestación continuaban imputándose a la Administración española y no al contratista, además del hecho de que fuera ella la que le remuneraba. La aportación es de gran valor, pues si bien el criterio relativo al pago de la retribución por la adjudicadora era ya jurisprudencia consolidada, la responsabilidad por daños era un nuevo riesgo que se incorporaba a la lista de criterios definidores de la concesión ampliando el concepto de riesgo de explotación.

²⁸¹ ATJUE de 30 de mayo de 2002, asunto C-358/00.

²⁸² STJUE de 27 de octubre de 2005, ‘Contse’, asunto C-234/03.

²⁸³ La sentencia respondía a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en relación a la posibilidad de que contraviniera los derechos fundamentales europeos de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios la exigencia en los pliegos de que el adjudicatario tuviera en España tanto de una oficina abierta al público como instalaciones de producción y envasado de oxígeno. Si bien el TJUE respondió negativamente con respecto a la primera exigencia y positivamente con respecto a la segunda, previamente recalificó el contrato como de servicios y no de concesión al considerar que el riesgo por daños producidos a los usuarios se asumía por la Administración.

Riesgo de insolvencia o impago

Otra de las sentencias que introduce, aunque fuera tímidamente, un elemento diferente a los ya consolidados fue la sentencia de 11 de junio de 2009, asunto *Oymanns*²⁸⁴. En ella el Tribunal de Justicia alude, entre otras cosas, a la falta de riesgo vinculado al cobro de la remuneración y a la insolvencia de la otra parte contratante para calificar un contrato como de servicios: “*en efecto, [...] no asume el riesgo vinculado al cobro de su remuneración y a la insolvencia de la otra parte del contrato*”. Esta identificación del riesgo empresarial propio de la concesión con la insolvencia del pagador resulta cuanto menos sorprendente pues, como bien indica Fuertes López, no parece “*que la insolvencia de los usuarios implique un riesgo muy significativo*” ya que “*son muchos los usuarios de las prestaciones públicas, en la mayoría de las ocasiones han de abonar el precio de manera previa y las cantidades son relativamente asequibles*” por lo que dicho riesgo quedaría algo “diluido”²⁸⁵. En cualquier caso, la aportación de este tipo de riesgo era nueva por aquel entonces y se utilizaría en posteriores sentencias.

Remuneración procedente de la Administración adjudicadora

Por su parte, múltiples sentencias como la del 10 de noviembre de 1998²⁸⁶ (recogida de basuras); 29 de abril de 2010²⁸⁷ (servicios de socorro alemanes); de 11 de junio de 2009²⁸⁸ (calzado ortopédico) descartaron el carácter concesional, fundamentalmente, por proceder la remuneración directamente de la Administración adjudicadora del contrato. Si el pago era satisfecho por la entidad que había adjudicado el contrato, el contrato solo podía ser de servicios. No contemplaba la jurisprudencia (como sí lo hacía la Comisión en la Comunicación del año 2000) la posibilidad de que la remuneración, aun procediendo de la Administración, estuviera supeditada a unos resultados de demanda que conectaran el contrato con el mercado y que permitieran entender la existencia de un auténtico riesgo de explotación.

²⁸⁴ STJUE de 11 de junio de 2009, ‘*Oymanns*’, asunto C-300/07.

²⁸⁵ FUERTES LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)”, en: GIMENO FELIU, J.M., (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2013, p. 216.

²⁸⁶ STJUE de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96.

²⁸⁷ STJUE de 29 de abril de 2010, asunto C-160/08.

²⁸⁸ STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-300/07.

Una sentencia que refleja a la perfección este extremo es la sentencia de 10 de noviembre de 2005²⁸⁹. Con dicha sentencia, la misma sala que dictó sentencia en el caso *Parking Brixen* según la cual calificó de concesión un contrato de construcción y gestión de aparcamientos de vehículos por ser abonados los precios por los usuarios, negó, sin embargo, tal carácter concesional a un contrato austriaco de gestión de recogida y tratamiento de residuos en el que la remuneración del concesionario si bien procedía de la Administración se hacía depender del número de cubos de basura recogida y contenedores vaciados, es decir, de un elemento igual de externo y variable que el número de usuarios del caso *Brixen* como es la cantidad de basura generada por los ciudadanos. De hecho, el servicio consistía, concretamente, en la recogida ecológica de residuos y en la realización de las operaciones comerciales conexas para su eliminación. El error del Tribunal, y también de la Administración austriaca, fue centrar el análisis del litigio en dirimir si el contrato era, tal y como alegaba el gobierno austriaco, una operación interna entre administraciones que no tenía que sujetarse a las exigencias de contratación comunitarias, o no. Una vez despejadas dichas dudas, lo relevante hubiera sido examinar si con una retribución procedente de la Administración pero dependiente de aspectos externos y variables podía, a juicio del tribunal, considerarse transmitido el riesgo de explotación. El Tribunal, sin embargo, acabó considerando el contrato uno de servicios ignorando dicho extremo y dando a entender que la mera retribución directa de la Administración al contratista negaba todo carácter concesional al contrato con independencia de cómo estuviera diseñada tal remuneración, perdiendo así una inmejorable oportunidad para construir y aportar valor a la doctrina de diferenciación entre concesiones y el resto de contratos que se estaba gestando en aquellos momentos.

Con ocasión de otro contrato relacionado con el tratamiento y eliminación de residuos, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de julio de 2007²⁹⁰ entró, en esta ocasión, a valorar algo más profundamente el sistema de remuneración de un contrato de recogida de basuras urbanas y posterior venta a través de instalaciones térmicas que tuvo lugar en la región de Sicilia. La modalidad de retribución del contrato prevista consistía, esencialmente, en el pago por la administración italiana de un canon fijo por tonelada de basura. Sin embargo, dichos residuos eran resultado de una transferencia obligatoria de

²⁸⁹ STJUE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04.

²⁹⁰ STJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05.

basuras de todos los municipios afectados por el contrato, y estaban, así mismo, garantizados al menos en una cantidad mínima anual. Por si fuera poco, el contrato preveía un sistema de adaptación del canon con el fin de asegurar el equilibrio económico del contrato. Esta vez, si bien el Tribunal declaró igualmente el contrato como de servicios, al menos justificó su decisión en que la contraprestación principal del contratista se encontraba garantizada por dichas condiciones y no estaba vinculada a ningún tipo de riesgo o incertidumbre, calificando de accesorios los ingresos obtenidos de la reventa de dichos residuos. Así mismo, le resultaba indiferente que la Administración italiana alegara que dicho canon se sufragaba mediante el impuesto obligatorio satisfecho por los ciudadanos, pues lo relevante para la diferenciación era que el pago directo de la contrapartida fuera satisfecho por la Administración.

Remuneración procedente de terceros (no de la Administración adjudicadora)

Por último, son numerosas las sentencias que consideran suficientemente transmitido el riesgo de explotación al contratista cuando la remuneración no proceda directamente de la Administración sino de terceros, ya sea de los usuarios (en la mayoría de los casos) o de otra entidad pública diferente de la adjudicadora. Es el caso, entre muchas, de las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*²⁹¹; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*²⁹²; de 15 octubre de 2009, *Acoset*²⁹³.

De vital importancia en este sentido es la sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto *Wasser*²⁹⁴, por el que se plantea al Tribunal de Justicia, mediante cuestión prejudicial, si es posible considerar un contrato de suministro de agua potable y depuración de aguas residuales como un contrato de concesión, y no de servicios, cuando las condiciones del servicio en cuestión, debido a su configuración jurídico-pública, lo conviertan en un servicio con riesgos considerablemente limitados. La respuesta del Tribunal resultó reveladora pues no solo aclaró la posibilidad de que, en efecto, una concesión pudiera en determinados casos (por razones de utilidad pública) implicar muy pocos riesgos, sino que descartó, por primera vez, que el criterio de la remuneración directa por los usuarios hasta entonces considerado indicio suficiente, bastase para calificar el contrato como de

²⁹¹ STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, asunto C-324/98.

²⁹² STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-458/03.

²⁹³ STJUE de 15 octubre de 2009, *Acoset*, asunto C-196/08.

²⁹⁴ STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, asunto C-206/08.

concesión, determinando que dichos pagos “constituyen una de las formas que puede adoptar el ejercicio del derecho a explotar el servicio” pero no es la única ni la determinante. Para ello, deberá transmitirse al menos “una parte significativa” del riesgo, rechazando solo la calificación concesional ante “la inexistencia absoluta” de riesgo. Así se expresó el Tribunal al respecto:

“Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicataria quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata. Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable. Estas alegaciones no pueden acogerse en términos absolutos.

Es corriente que en algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. [...] No sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector. En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios. [...] el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como ‘concesión de servicios’ [...] siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o al menos una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios”.

Es también igualmente reveladora la sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater*²⁹⁵, relativa al transporte sanitario de socorro en Alemania por el cual se consideró como concesión un contrato con retribución procedente no de la entidad adjudicadora, sino de un organismo gestor de la seguridad social. La sentencia redunda en la misma idea que en el caso *Eurawasser* vinculando la remuneración exclusiva por terceros que no sean la entidad adjudicadora (ya sean los usuarios u otros entes adjudicadores) al contrato de concesión. No obstante, se señala que dado que lo determinante es la explotación del servicio, debe comprobarse que existe efectivamente una transmisión del riesgo, aunque sea limitada tal y como se señaló en *Eurawasser*.

La principal novedad la constituye la descripción que hace el Tribunal del riesgo de explotación asimilándolo a la exposición de las incertidumbres del mercado y concretándolo en los siguientes: “*riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*”²⁹⁶. Así mismo, descarta “*riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico*” que no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que son inherentes a cualquier tipo de contrato.

²⁹⁵ STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater*, asunto C-274/09.

²⁹⁶ La lista de riesgos que presenta la sentencia es tremendamente confusa y, en mi opinión, inútil pues no se sabe con certeza a qué tipo de riesgos se está refiriendo. Para empezar, el riesgo de enfrentarse a la competencia es un riesgo que en la literatura económica se incluye siempre en el concepto de riesgo de demanda como uno de los muchos factores que pueden hacer que ésta disminuya (la sentencia debería matizar a qué se está refiriendo exactamente pues en la mayoría de los servicios que se prestan por concesión no hay competencia alguna). En segundo lugar, referirse “al riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda” es lo mismo que no decir nada. En esa definición encajan tanto el riesgo de demanda como el riesgo de oferta o suministro. Por último, cuando la sentencia señala el “riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación” también genera muchas dudas pues, o bien está definiendo, de nuevo, el riesgo de demanda que consiste precisamente en eso (demanda inferior a la esperada que no permite cubrir los costes), o bien está haciendo referencia a un riesgo general de todos los tipos de contratos que es el riesgo de que los costes incrementen inesperadamente y, por lo tanto, no puedan ser cubiertos íntegramente por los ingresos obtenidos (pero este tipo de riesgo no es exclusivo de las concesiones sino que puede darse en cualquier contrato como, por ejemplo, en un contrato de obras en el que se produce un incremento considerable de las materias primas que acaba produciendo pérdidas).

Sin embargo, como se verá más adelante, la mayoría de estos riesgos que según el TJUE integran el riesgo de explotación, no estarán incluidos en los que conforman el concepto de riesgo operacional.

Por último, destaca la sentencia de 10 de noviembre de 2011 asunto *Norma A*²⁹⁷, la cual refleja que el pago por los usuarios para considerar el contrato de concesión no es un criterio definitivo. Si bien el Tribunal declara en un primer momento que el contrato parece tratarse de una concesión por dicho motivo, unas líneas más adelante se replantea tal calificación al observar la existencia de unas aportaciones a favor del contratista reconocidas por la norma letona consistentes en la compensación de costes superiores a los esperados o de reducciones de las tarifas. Fueron consideradas por el Tribunal como auténticas garantías que desvirtuaban la transmisión del riesgo que debe tener lugar en toda concesión, razón por la cual terminó por calificar el contrato como de servicios. “*Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate [...] Es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo [...] si bien ese riesgo puede ser ciertamente muy limitado [...]*”. Habida cuenta de la compensación por pérdidas que contempla la legislación letona, “*no es posible afirmar que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Por consiguiente, debería calificarse tal operación de contrato de servicios*”.

En sentido contrario, el Tribunal de Justicia manifestó, así mismo, la irrelevancia de aspectos como la duración del contrato o la autonomía organizativa del contratista para la caracterización de la concesión (Sentencia de 18 de julio de 2007²⁹⁸).

Así las cosas, a modo de recopilación, puede observarse cómo la jurisprudencia comunitaria fue abandonando paulatinamente la idea de que los servicios tuvieran que estar relacionados con actividades de cierto interés público que se prestaran a los

²⁹⁷ STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma A*, C-348/10.

²⁹⁸ STJUE de 18 de julio de 2007, C-382/05.

ciudadanos en lugar de la Administración, para centrarse fundamentalmente en los siguientes elementos como indicios caracterizadores de la concesión:

1) Remuneración procedente de terceros (usuarios del servicio principalmente) siempre y cuando 2) se compruebe que se ha transmitido el riesgo de la explotación.

En todo caso, se considerará que se ha transmitido este riesgo de explotación cuando se den las siguientes circunstancias cumulativamente:

- El contratista asuma al menos “una parte significativa” del riesgo existente aunque éste sea muy limitado desde el origen.
- No existan compensaciones que garanticen beneficios o corrijan pérdidas por parte de la Administración.
- Consista en alguno de los siguientes riesgos de mercado: riesgo de competencia, riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda, riesgo de que los ingresos sean insuficientes para cubrir los costes, riesgo de insolvencia, riesgo de daños a terceros.

Según lo anterior, lo relevante no era la ‘cantidad’ de riesgo que fuera asumido por el contratista, sino que el que existiera (mucho o poco) se transfiriese total o significativamente. No era una cuestión de ‘cantidad’ sino de ‘proporción’²⁹⁹. Mientras el riesgo de explotación del contrato no fuera inexistente (lo cual conduciría a su consideración como contrato de servicios) y no tuvieran lugar compensaciones que hicieran ilusoria la transmisión del mismo, el TJUE consideraba el contrato como de concesión aunque la cantidad de ese riesgo fuese pequeña.

Al contrario de lo que sucede con el pago por los usuarios, el Tribunal vincula, de manera categórica, el pago realizado por la Administración al contrato de servicios sin excepciones, matices o condiciones.

Conviene adelantar en este punto, si bien todo ello se analizará con mayor detenimiento en el apartado siguiente relativo a las características del riesgo operacional, que con la

²⁹⁹ Según Huergo Lora esta doctrina implica una concepción ‘relativa’ no ‘absoluta’ del riesgo según la cual “*debe transferirse la totalidad o una parte significativa del riesgo, sea este poco o mucho*”. “*No importa que el riesgo asociado a la gestión del servicio sea pequeño, mientras sea efectivamente transmitido al concesionario*”. HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 38 y 40.

aparición del concepto de riesgo operacional que introduce la nueva Directiva, la noción de riesgo se reduce pues ya ni siquiera se exige que la transmisión sea de al menos “una parte significativa” del riesgo que exista, sino que se suprime dicha expresión. El requisito relativo a la inexistencia de compensaciones se mantiene a día de hoy, pero la lista de tipos de riesgo de mercado a los que aludía la sentencia *Privater* ahora se concreta exclusivamente en dos: riesgo de oferta y de demanda, por lo que se abandonan riesgos como el de responsabilidad por daños y el de insolvencia.

3.1.3. Doctrina administrativa española

A continuación se analizará la aplicación que hicieron paralelamente nuestros Tribunales Administrativos contractuales y órganos consultivos de esta doctrina del Tribunal de Justicia para diferenciar las concesiones del resto de contratos y calificarlos correctamente.

Como se ha podido advertir en los apartados anteriores, la incertidumbre en torno al concepto de concesión a nivel comunitario era patente, de ahí que la jurisprudencia del TJUE tuviera que pronunciarse en respuesta, en la mayoría de casos, a cuestiones prejudiciales que los distintos Estados Miembros planteaban en busca de aclaraciones. La jurisprudencia comunitaria que se desarrolló fue calando a nivel nacional no por ello sin dificultades pues la doctrina administrativa española (Juntas Consultivas de Contratación Estatal y Autonómicas, así como Tribunales Administrativos Contractuales) iba desarrollando, paralelamente a la comunitaria, la suya propia contemplando las especificidades de nuestra normativa de contratos.

Lo que sucedió es que nuestra doctrina interpretaba esos criterios jurisprudenciales europeos de acuerdo a las características de un tipo de contrato muy específico de nuestra normativa como era el contrato de gestión de servicio público en su modalidad concesional. De este modo, nuestra doctrina aunaba en este tipo de contrato tanto los elementos comunitarios definidores de la concesión como los que nuestra propia norma de contratos ya preveía para esta modalidad.

Así, los requisitos utilizados por el entonces en vigor TRLCSP y, por ende, por nuestra doctrina, para calificar un contrato de gestión de servicios públicos en modalidad concesión eran los siguientes:

- Que la prestación fuese un *servicio público* entendido en sentido amplio (lo que se justificaba con la atribución de la competencia a la Administración)
- Que la prestación *no implicara el ejercicio de autoridad* inherente a los poderes públicos
- Que el contratista tuviera *autonomía organizativa* en la prestación de los servicios
- Que la prestación fuera *susceptible de explotación*, lo cual se hacía efectivo con la fijación de una retribución en función de su utilización, abonada bien por los usuarios, bien por la Administración.

De los mencionados, solo el último de los requisitos (art. 281.1 TRLCSP) hallaba su origen en la jurisprudencia y doctrina comunitarias. Los restantes eran los propios de nuestro contrato de gestión de servicios públicos.

Años atrás se consideraba que la existencia de contratos de gestión de servicios públicos dependía “casi exclusivamente” de que el servicio fuera considerado público³⁰⁰ y de que, efectivamente, conllevara la gestión u organización del mismo³⁰¹, resultando irrelevante las formas de retribución del contratista³⁰².

Fue más tarde cuando comenzaron a restar importancia a estos aspectos relativos a la gestión y organización del servicio y a su carácter público dirigido a los ciudadanos, para incluir y destacar el criterio de la transmisión del riesgo de explotación llegando a ser calificado como indispensable por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

³⁰⁰ Informe 2/2012 de 30 de mayo de la junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares con cita del informe 37/1995, de 24 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰¹ En este sentido puede verse el Informe 4/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que todavía se tiene en cuenta y da valor a la autonomía organizativa del concesionario por lo que rechaza el carácter concesional del contrato no simplemente por no haberse transferido el riesgo económico sino también por no tener encomendada la gestión y organización del servicio: “ninguna de las tres figuras contractuales a que se refiere la consulta, pueden ser configuradas jurídicamente como concesiones toda vez que en los pliegos que han de regir su contratación se establecen unas condiciones relacionados con el lugar, horario y personal para la realización de la prestación del servicio que claramente suponen que la organización del servicio continúa estando plenamente a cargo del Ayuntamiento, y, sobre todo, se establece una forma de pago del servicio a tanto alzado completamente independiente de los resultados de la gestión del mismo”.

³⁰² “los contratos que tienen por objeto la gestión de un tanatorio han de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos sin que la forma de retribución de la prestación pueda afectar a tal calificación”. Informe 26/2007, de 5 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y, en el mismo sentido, Informe 10/2007, de 26 de marzo.

del Estado en la caracterización de la concesión³⁰³. Así lo reflejan algunos de los fragmentos más importantes de sus informes:

*“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”*³⁰⁴.

*“[...] para gestionar de forma indirecta un servicio público es preciso que éstos “tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”. Esta circunstancia exige que la explotación pueda hacerse siguiendo criterios empresariales que implican la existencia de un nivel de riesgo determinado que la Ley especifica señalando que en la concesión “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura” [...] Es decir asumiendo el riesgo de pérdida que comporta toda explotación de negocio”*³⁰⁵.

Esta apuesta por el riesgo como elemento fundamental de la modalidad concesional del contrato de gestión de servicios³⁰⁶ fue desarrollándose hasta concretarse en varios informes de la Junta Consultiva que se esforzaban por diferenciar el riesgo de explotación propio de las concesiones, del principio de riesgo y ventura de todo contrato con aportaciones como las siguientes:

³⁰³ Informes 4/2008, de 28 de julio; 65/2008, de 31 de marzo de 2009; 12/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰⁴ Informe 12/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰⁵ Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰⁶ Recuérdese que la exigencia del riesgo hallaba su reconocimiento legal tanto en el art. 277 a): “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura” como en el art. 281.1 TRLCSP: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”.

“En efecto, la simple alusión a la circunstancia de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista no implica necesariamente la configuración del mismo como concesión, pues hay que distinguir entre la asunción del riesgo de la explotación del servicio que se produce cuando se gestiona siguiendo el régimen de la concesión y el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta un contrato. El primero de ellos depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión, pues el rendimiento de ésta depende de la propia forma en que el concesionario gestiona el servicio. Por el contrario en los contratos administrativos en general, el riesgo asumido por el contratista es el que deriva de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o de su propio error de cálculo al hacer su oferta”³⁰⁷.

“Significa esto que cuando el contrato no implique para el empresario más riesgo que el derivado de la propia alteración en las prestaciones propias del mismo (modificación del contrato o elevación de los precios de la mano de obra, de los materiales, etc.), es decir de los elementos constitutivos del contrato, no existirá concesión administrativa”³⁰⁸.

“[...] no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios”³⁰⁹.

A su vez, a diferencia de lo que ocurría en la jurisprudencia del TJUE, nuestra doctrina sí contempló la posibilidad de que se consideraran concesiones aquellos contratos en los que la retribución era satisfecha íntegramente por la Administración adjudicadora, siempre y cuando dicha remuneración estuviese vinculada directamente a la demanda. La conexión inexcusable que hacía el TJUE del pago procedente de la Administración con el contrato de servicios era, por tanto, superada por nuestra doctrina:

“Los razonamientos anteriores ya han puesto de manifiesto que para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público no es preciso que

³⁰⁷ Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰⁸ Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁰⁹ Informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, sino que asuma el riesgo derivado de la gestión. Esto supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario. [...] Ello no obstante, es preciso admitir que en la actualidad es relativamente frecuente el supuesto en que la retribución del contratista se liga no tanto a los costes de la prestación sino a la disponibilidad de las instalaciones o del servicio objeto del contrato. Tales figuras contractuales pueden ser calificadas, en función de sus características, como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no como concesiones administrativas”³¹⁰.

Ahora bien, informes de otras Juntas Consultivas como la de Aragón dejan claro que “*Aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo de que existe concesión de servicios, lo determinante para la Comisión es que se haya transferido la responsabilidad de la explotación. De esta forma, en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, no podemos decir que se trate de una concesión*”³¹¹. Será, por tanto, necesario comprobar que efectivamente no existen compensaciones que dejen sin efecto la transmisión del riesgo establecida mediante el sistema de remuneración.

Por último, nuestra doctrina acogió sin problemas la jurisprudencia relativa a la posible limitación del riesgo en determinados casos (Asunto *Eurawasser*) y la identificación del riesgo de explotación con las incertidumbres del mercado (Asunto *Privater*):

³¹⁰ Informe 22/09, de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³¹¹ Informe 2/2014, de de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

“[...] el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que se puede traducir en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, al riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los que tienen que asumir el pago del precio, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o el riesgo de responsabilidad por los perjuicios que se puedan causar en la prestación del servicio. [...] lo esencial no es el hecho de que la prestación de un servicio comporte un gran riesgo (de hecho, en el ámbito de los servicios públicos no siempre será así, dado el tipo de demanda y la reglamentación de estas actividades), sino que lo que es esencial es que el riesgo exista, y que, por poco relevante que sea, se transfiera al contratista”³¹².

Tras lo expuesto pueden señalarse como criterios que siguió la doctrina para la caracterización de los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad concesional, los siguientes:

1) Prestación de un servicio público (servicio de la competencia de la Administración que no implicara el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos) con 2) autonomía organizativa por parte del contratista en la prestación, y 3) transmisión del riesgo de explotación.

Considerando que el riesgo de explotación efectivamente se transmite cuando cumulativamente se den las siguientes condiciones:

- Se fije una retribución en función de la utilización del servicio abonada bien por los usuarios, bien por la Administración.
- Suponga una exposición a las incertidumbres del mercado que consista en alguno de los siguientes: riesgo de competencia, riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda, riesgo de que los ingresos sean insuficientes para cubrir los costes, riesgo de insolvencia, riesgo de daños a terceros.
- Se transfiera al menos una “parte significativa” del riesgo aunque éste se encuentre muy limitado desde el inicio.

³¹² Informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Como puede apreciarse nuestra doctrina acogió literalmente la lista de riesgos de mercado contenida en la Sentencia del TJUE relativa al asunto *Privater* y a cuyo carácter confuso e incierto nos hemos referido en líneas anteriores a las que ahora nos remitimos *Vid. supra* nota al pie 296 de este trabajo.

Siguiendo estas pautas, los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales fueron discerniendo y, en su caso, recalificando, contratos en base a lo fundamental: la transmisión del riesgo de explotación, fijándose en el modo de retribución pero no en quién fuera el pagador de la misma.

Así lo demuestran a título de ejemplo, entre otras muchas, las Resoluciones 346/2013 y 26/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las que se rechaza la naturaleza concesional del contrato no por provenir la remuneración de la Administración sino por consistir éste en un pago fijo independiente del uso, y se excluye de manera clara la integración del riesgo de disponibilidad en el concepto de riesgo de explotación considerándolo un riesgo inherente a cualquier contrato al estar relacionado con el incumplimiento y no con elementos inciertos ajenos al contrato.

3.2. Principales características del riesgo operacional

Una vez analizados los antecedentes del riesgo operacional, corresponde ahora centrarnos en el contenido del mismo y en el análisis pormenorizado de los riesgos que éste comprende. Para ello, conviene señalar primero sus principales características.

3.2.1. Es un riesgo de tipo económico

El riesgo operacional es un riesgo de tipo económico³¹³ puesto que se refiere a las contingencias del entramado comercial del negocio que gestiona el concesionario. Es decir, se trata del riesgo que el derecho a explotar una determinada obra o servicio necesariamente lleva aparejado y que se concreta en la incertidumbre existente sobre la amortización o recuperación de las inversiones y costes que se hayan llevado a cabo. Así lo señalaba ya la Comunicación del año 2000 al afirmar que *“al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma*

³¹³ La propia Directiva 23/2014 se refiere al riesgo operacional como un riesgo “de carácter económico” que debe transferirse siempre en los contratos de concesión pues constituye su característica principal. *Vid.* considerando 18 de la Directiva. De igual modo se manifiesta la Comisión Europea al referirse al riesgo de explotación en su Comunicación interpretativa sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121: *“las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como ‘riesgo económico’, son inherentes al fenómeno de las concesiones.”* Por su parte, Valcárcel Fernández se refiere a él como *“un riesgo de carácter económico vinculado a la fase de explotación”*. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *“La directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”*, en: PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (Dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, p. 120.

explotación” y que “*lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos*”³¹⁴. No es, por tanto, un riesgo de tipo financiero³¹⁵, ni técnico³¹⁶ (que pueden darse en todo tipo de contratos) sino puramente comercial o empresarial, fruto de operar o gestionar el negocio (y que por ello solo puede darse en contratos cuya prestación sea susceptible de explotación, es decir, en contratos de concesión).

La idea primordial sobre la que debe pivotar el contrato de concesión para poder considerarse tal es que, junto al *derecho de explotación*, el operador debe también asumir la otra cara de la moneda que es la *responsabilidad de explotación*³¹⁷. No puede hablarse de concesión si la incertidumbre de un operador consiste únicamente en saber si ganará más o menos pero en ningún caso en si incurrirá en pérdidas por haberle sido éstas cubiertas mediante algún tipo de garantía.

Teniendo en cuenta este carácter económico-comercial del riesgo operacional, la Directiva 23/2014 completa su contenido con varias aportaciones de gran valor en sus considerandos 18 y 20, los cuales juegan un papel fundamental para comprender el concepto del riesgo del que se habla.

3.2.2. No debe garantizar la recuperación de los costes e inversiones

Literalmente, la transmisión del riesgo operacional debe suponer, dice la directiva, “*la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento*”. Se trata de que exista la incertidumbre real de que la explotación

³¹⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121.

³¹⁵ Es cierto que el riesgo operacional tiene que ver con el riesgo de no recuperar las inversiones realizadas y de no obtener beneficios y ello, sin duda, tiene una estrecha conexión con el aspecto financiero del negocio pues los riesgos de este tipo podrían impedir saldar las deudas contraídas, pero cuando hablamos de riesgos financieros nos estamos refiriendo, concretamente, a las incertidumbres que surgen de la volatilidad de los mercados financieros y de crédito, como por ejemplo, el riesgo de liquidez, riesgo de crédito, riesgo de cambio o riesgo de tipo de interés, no al riesgo comercial del negocio con respecto a su utilización por los usuarios.

³¹⁶ Entendemos por riesgos técnicos los relativos a que la prestación se produzca en las condiciones y con las características previstas, entre ellos destaca el riesgo de disponibilidad que se analizará en profundidad más adelante.

³¹⁷ “*La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación*” Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121.

pueda no resultar rentable³¹⁸ sin necesidad de que tenga lugar ningún acontecimiento extraordinario.

3.2.3. Debe derivarse de factores que escapan al control de las partes

La directiva descarta los riesgos vinculados “*a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor*” por no ser estos riesgos específicos de la concesión sino inherentes a cualquier tipo de contrato, de ahí que no puedan considerarse parte del riesgo operacional. Según esto, el riesgo operacional debe consistir en riesgos externos al contrato, o lo que es lo mismo, tiene que tratarse de factores cuyo control no dependa de la mejor o peor ejecución del contrato por parte del concesionario. Hablamos, por tanto, de riesgos que, aunque previsibles, sean inciertos³¹⁹. Sin embargo, consideramos necesario matizar en este punto que, en nuestra opinión, esta exigencia no implica que el concesionario no pueda incidir de ningún modo en el riesgo que se le ha transferido, de ser así sería completamente contraproducente transmitirle dicho riesgo pues el principal motivo para transferir un riesgo es precisamente el de provocar en el sujeto una intención de evitarlo³²⁰. El concesionario puede influir con su comportamiento de algún modo en el riesgo (por ejemplo, con una mejor prestación del servicio que promueva una mayor utilización del mismo) pero ello nunca implicará que lo tenga completamente controlado pues el riesgo que se le transfiere depende de otros muchos factores inciertos cuya materialización también asume. De lo que se trata es de evitar que lo controle completamente eliminando el elemento de incertidumbre y, por lo tanto, asegurando la recuperación de la inversión que solo quedaría en sus manos. Ello no implicaría una verdadera exposición a las incertidumbres del mercado.

3.2.4. Debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado

Según la directiva, dicha exposición podrá consistir “*en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro*”³²¹ e implicará “*que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no [sea]*

³¹⁸ Como apunta Huergo Lora, “*debe existir un riesgo de que las cuentas salgan mal, de que el contrato resulte ruinoso*”. HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 39.

³¹⁹ Debe ser un riesgo que aunque sea susceptible de estimación, no pueda conocerse su materialización con certeza. Informe 13/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón.

³²⁰ Así lo demuestra unánimemente la doctrina económica. *Vid. supra* pp. 20 y ss de este trabajo.

³²¹ Considerando 20 y art. 5 de la Directiva 23/2014, de 26 de febrero.

meramente nominal o desdeñable”³²². El significado y contenido de estos dos tipos de riesgo serán objeto de un pormenorizado análisis en el siguiente epígrafe por lo que, de momento, señalaremos simplemente la necesidad de dejar el porvenir de la concesión al arbitrio de las vicisitudes del mercado para que pueda entenderse transferido el riesgo operacional. La exigencia de que las pérdidas no sean nominales o desdeñables será abordada también unas líneas más adelante en lo referente a la posible limitación del riesgo.

3.2.5. Debe estar ligado al sistema de retribución del concesionario

La principal consecuencia de estas tres condiciones anteriores es que el riesgo operacional se convierte en un riesgo estrechamente **ligado al sistema de retribución** del concesionario³²³. Según lo descrito, la única forma de materializar el riesgo operacional en un contrato es a través del diseño de una remuneración o sistema de pago que contemple estas tres exigencias detalladas en los párrafos anteriores de manera que, a través del sistema de retribución y en función de cómo se articule, se refleje si el riesgo se transfiere efectivamente o no.

Así pues, la pregunta es la siguiente ¿qué factor, del que se ha de hacer depender la remuneración del concesionario, además de ser externo (1º) no garantiza la recuperación de las inversiones (2º) y permite la exposición del negocio a las incertidumbres y vicisitudes del mercado (3º)? La respuesta es **la frecuentación del negocio**.

Así lo confirma Míguez Macho quien sostiene que “*sin vinculación entre la retribución y la utilización de la obra o del servicio no se puede hablar propiamente de explotación económica de éstos y, en consecuencia, tampoco de concesión, con independencia de las convenciones que se establezcan en cada momento a efectos de contabilizar o no la*

³²² Art. 5 de la Directiva 23/2014, de 26 de febrero.

³²³ Dice Font i Llovet, en referencia al traslado del riesgo operacional en las concesiones del ámbito sanitario, que la aplicación de este criterio delimitador “*no puede más que confirmar que lo determinante es el sistema de financiación o de retribución del contratista, más allá de conceptos tales como la titularidad del servicio*”. FONT I LLOVET, T., “Organización y gestión de servicios de salud: El impacto del derecho de la Unión Europea”, en: PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Dir.), libro colectivo *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanc, 2016, Valencia, p. 214. Del mismo modo, el informe 13/2015 de la Junta Consultiva Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, afirma que “*la configuración del sistema de retribución debe contemplar esta exposición al riesgo*”.

operación en las cuentas públicas”³²⁴. La frecuentación del negocio cumple con las necesidades recogidas en la directiva ya que es un *riesgo externo al control de las partes*³²⁵; es evidente que su variabilidad *impide garantizar que se vaya a recuperar la inversión*, siempre y cuando la demanda este liberalizada; y, además, es la máxima expresión de *exposición a las incertidumbres del mercado* que puede existir. Por ello, si por un lado queda claro que el riesgo operacional es un tipo de riesgo que únicamente puede concretarse en el seno del sistema de remuneración del contrato de concesión; y por otro, que el único factor que reúne todas las características definitorias del riesgo operacional es el de la frecuentación o uso de la correspondiente obra o servicio, la conclusión solo puede ser una: **la retribución de la concesión debe depender de la frecuentación del negocio**³²⁶. Eso sí, podrá hacerlo en dos modalidades que se explicarán más adelante: en forma de riesgo de demanda (cobrar por usuario); o en forma de riesgo de oferta (remuneración en función de si la oferta se ajusta a la demanda en cada momento o no).

3.2.6. El riesgo puede ser limitado

Ahora bien, la transferencia del riesgo operacional **no tiene necesariamente que ser total o completa sino que puede limitarse**. Tal y como se señala en el considerando 19 “*el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión*”. Así mismo, el considerando 18, contempla la posibilidad de que “*parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador*”. Así pues, la limitación del riesgo es posible tanto si se debe a la propia configuración jurídico pública del servicio, como a la decisión de la Administración adjudicadora de no transmitirlo todo y asumir un porcentaje del mismo. Queda por concretar, sin embargo, bajo qué

³²⁴ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español” en: GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial (2015), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 404.

³²⁵ Recuérdesse, como se explica en el primer capítulo de este trabajo relativo al aspecto económico del riesgo, que por riesgo externo que escape al control de las partes debe entenderse aquel sobre el que exista cierta incertidumbre, es decir, aquel riesgo cuya materialización no quede exclusivamente en manos de la concesionaria como sería el caso la mala gestión o del incumplimiento de las condiciones del contrato, pero no implica que el concesionario no puede incidir de ningún modo en su materialización.

³²⁶ “*En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.*” Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121. También *vid.* Resoluciones del TACRC 457/2014, 634/2015, 58/2017, y resolución del TACP Madrid 105/2014.

condiciones es posible esta limitación o reducción del riesgo. La cuestión no está exenta de dificultades pues como ya indicara la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor en una de sus comunicaciones, “*el grado o nivel de riesgo que debe ser transferido ha sido objeto de varias sentencias de la Corte que parecen difíciles de conciliar entre sí o incluso incoherentes*”³²⁷.

En este sentido, en varios de los primeros asuntos acerca del tema se determinó que dicha transferencia debía ser “principal” o “sustancial” (*Helmut Müller*³²⁸) así como “considerable” o “preponderante” (*Oymanns*³²⁹), de lo que se podía deducir que el riesgo asumido por el concesionario no podía limitarse si con ello se convertía en un riesgo de carácter accesorio o subsidiario³³⁰.

No obstante, la jurisprudencia comunitaria posterior sostuvo en varias de sus más famosas sentencias (*Eurawasser*, *Privater* y *Norma-A*) que la calificación de un contrato como concesión no requiere necesariamente que la Administración adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad del riesgo operacional, pero sí que transmita al menos una “*parte significativa*” del mismo “*incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado*”³³¹. Se acepta, por tanto, contraviniendo la postura anterior, la limitación del riesgo operacional.

³²⁷ (Traducción propia). Comunicación a los miembros 4/2012, “Nota para el dossier: La jurisprudencia de la Corte en materia de concesiones”, de 19 de marzo, de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, pp. 2 y 3.

³²⁸ STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, asunto C-451/08.

³²⁹ STJUE de 11 de junio de 2009, *Oymanns*, asunto C-300/07.

³³⁰ Precisamente refiriéndose al asunto *Oymanns*, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor señala cómo el TJUE establece en dicha sentencia que el riesgo “no puede reducirse” por lo que “*Puede deducirse que el concesionario no asume un riesgo ligado a la explotación de las obras o servicios si los riesgos en los que incurra están limitados y tienen solamente un carácter accesorio en la economía del contrato*” (traducción propia). Comunicación a los miembros 4/2012, “Nota para el dossier: La jurisprudencia de la Corte en materia de concesiones”, de 19 de marzo, de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumido, p. 3.

³³¹ Recordemos lo que establece la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08: “*Es corriente que en algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. [...] No sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector. En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios. [...] el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como ‘concesión de*

Finalmente, el Dictamen del Comité de las Regiones pidió (y consiguió) eliminar el término “sustancial” de la propuesta de directiva por considerar que iba más allá de lo exigido por la jurisprudencia europea³³².

3.2.7. Límites del riesgo limitado

Dados estos cambios, es preciso analizar cuáles son actualmente lo que podríamos llamar los “límites de la limitación del riesgo”³³³, o lo que es lo mismo, hasta cuánto podemos limitar el riesgo sin que deje de considerarse el contrato una concesión (esto es, sin que se anule la transferencia del riesgo operacional). Las exigencias a este respecto en la Directiva 23/2014 son las siguientes:

- La primera y principal máxima es que **la limitación nunca puede suponer que el poder adjudicador alivie al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes**³³⁴ (considerando 18 y art. 5 de la Directiva).

Se trata de que toda mitigación del riesgo –que puede deberse bien a la configuración jurídica del servicio, bien a una decisión de la entidad adjudicadora– pase ineludiblemente por el control de que no equivalga a la cobertura de los gastos de inversión y costes y, por lo tanto, no convierta el

servicios’ [...] siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o al menos una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios”.

³³² “El concepto de «sustancial» referido al riesgo operacional debe evitarse. Definir o delimitar un elevado riesgo operacional, diferenciándolo de la obligación de servicio público, presenta por lo general problemas considerables a nivel municipal. La definición de «riesgo operacional sustancial» recogida en el proyecto de Directiva supera con creces la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que no plantea exigencias demasiado excesivas en cuanto al riesgo económico”. Dictamen del Comité de las Regiones (2012/C 277/09) sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión COM(2011) 897 final, enmienda 12.

³³³ “Si la limitación del riesgo se admite hay, a pesar de todo, un límite a ese límite” (Traducción propia). PEZ, T., “Le risque, les concessions et les marchés”, *RFDA (Revue Française de Droit Administratif)*, nº 2, 2016, p. 244. Lazo Vitoria lo llama “el problema de la cuantificación de la transferencia” que considera debe llevarse a cabo *ad casum*, valorando el tipo de prestación de que se trate y las condiciones del mercado concretas. *Vid.* LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en: GIMENO FELIU (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 525.

³³⁴ Dice Valcárcel Fernández que “la filosofía que subyace en la Directiva puede sintetizarse diciendo que lo que exige es que el concesionario no tenga asegurado el retorno de las inversiones que debe realizar para ejecutar el contrato de concesión que se le adjudica”. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La directiva de concesiones ...”, *op. cit.*, p. 120.

contrato en uno en el que solo puedan obtenerse beneficios sin riesgo de incurrir en pérdidas que puedan implicar la quiebra del negocio. Es decir, debe asegurarse que la limitación no desnaturaliza el contenido del riesgo operacional haciendo inútiles sus exigencias. Tiene que seguir siendo posible que el negocio resulte ruinoso o que las cuentas salgan mal³³⁵. Este sería el caso de aquellos contratos en los que, por ejemplo, el pago se realiza en función de la frecuentación pero se garantiza un nivel de usuarios determinado³³⁶, o de aquellos en los que se abona una compensación por parte de la Administración en caso de servicio deficitario³³⁷.

- La segunda es que, aun **no estando garantizada la inversión o los costes, la limitación nunca puede ser tal que implique un riesgo tan mínimo que haga las posibles pérdidas nominales o desdeñables**³³⁸ (art. 5 de la Directiva).

Es decir, que a pesar de que se pueda alegar la existencia de algún riesgo, éste no sea tan pequeño que pueda considerarse despreciable. Es el caso, por ejemplo, de prestaciones en las que no existen inversiones o gastos de primer establecimiento significativos y el número de usuarios fluctúa muy poco³³⁹.

Autores como Román Márquez interpretan esta novedad como una ampliación de la limitación que puede hacerse del riesgo con respecto a la doctrina anterior. Defiende que ahora el riesgo puede limitarse incluso más que anteriormente pues la directiva solo exige que las pérdidas en las que pueda incurrir el concesionario no sean nominales o desdeñables, pero ya no tienen que ser ni significativas ni sustanciales. En palabras suyas “*no es necesario que el concesionario asuma la*

³³⁵ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 39.

³³⁶ Sucede habitualmente en servicios sanitarios y sociales: Informe de la JCCA del Estado 80/2013 y Resolución TACRC 602/2015.

³³⁷ Informe de la JCCA de Aragón 13/2015 y resoluciones del TACRC 258/2015, 285/2015, 58/2017.

³³⁸ “*la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*” Art. 5. 1) Directiva 23/2014.

³³⁹ Así lo reconocen las resoluciones del TACRC 634/2014 y 146/2015. Sin embargo, la distinción no es sencilla pues en otras resoluciones como la 110/2017 de 25 de mayo del TARC de Andalucía se considera que en una concesión de gestión de escuelas infantiles sí se produce transferencia del riesgo operacional a pesar de reconocer que el riesgo de demanda es muy limitado (los usuarios tienen libertad de elección del centro pero limitadamente pues el Ayuntamiento es quien fija el número de plazas en cada uno de ellos).

*totalidad del riesgo concesional [...] Basta, por tanto, con que las pérdidas potenciales no sean mínimas, pero no es necesario que el concesionario asuma una gran parte de las mismas, ni siquiera la mayoría de éstas. Es perfectamente posible que el concesionario quede expuesto a unos riesgos de explotación que le supongan unas pérdidas que no sean consideradas mínimas, pero que estén levemente por encima de tal calificación*³⁴⁰. Por su parte, Huergo Lora en la misma línea asegura “que el único límite impuesto por la Directiva es que la transferencia de riesgos no sea insignificante”³⁴¹ lo cual, como apuntábamos, reduce considerablemente la cantidad de riesgo que resulta exigible transferir pues ya no tiene que ser ni siquiera ‘significativa’. De hecho, el autor considera que la limitación ya podía ser muy amplia siguiendo la doctrina jurisprudencial anterior: “la jurisprudencia del TJ ni siquiera ofrece ese consuelo (o promesa) de que la concesión supone la externalización del riesgo y su traslado al concesionario, porque, bajo el principio de que el concesionario debe asumir «una parte significativa del riesgo», es perfectamente posible que el poder adjudicador retenga una parte del riesgo que genere para él compromisos financieros importantes”³⁴².

Así las cosas, la conclusión es que, en contra de lo que pudiera originariamente parecer que pretendía la Directiva con la transmisión del riesgo operacional, según la normativa actual, el riesgo que tiene que transferirse para poder considerar un contrato como una concesión, debe encontrarse en algún punto por encima de ‘mínimo’, ‘nominal’, ‘desdeñable’ o ‘insignificante’, pero no tiene por qué llegar ni a ‘total’, ‘sustancial’, ‘significativo’ o ‘mayoritario’, por lo que, en la práctica, puede ser muy escaso³⁴³. Esto reduce la distancia entre las concesiones y el resto de contratos cuya diferencia principal, el riesgo, se ha diluido considerablemente con el paso del tiempo. Así lo señala Huergo Lora: “Nótese la indudable «rebaja» en las exigencias de asunción del riesgo: se pasa de exigir la asunción «del riesgo de explotación» (sentencias de 2005-2007) a exigir que sume «una parte significativa del riesgo» que inicialmente tenía el poder adjudicador

³⁴⁰ ROMÁN MÁRQUEZ, A. “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, REDA, nº182, 2017, p. 469.

³⁴¹ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 45.

³⁴² HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 40.

³⁴³ “No es necesario que el riesgo que asuma el concesionario sea importante” (Traducción propia). PEZ, T., “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, p. 244.

(sentencias de 2009-2011), que además puede ser, de por sí, pequeño (por ejemplo en el caso *Privater Rettungsdienst*)”. Con la nueva Directiva, a su vez, se pasa de exigir transmitir esa ‘parte significativa’ del riesgo a simplemente requerir que las posibles pérdidas no sean ‘nominales o desdeñables’. Para este autor, la consecuencia principal de este proceso es el acercamiento de dos tipos de contratos entre los cuales cada vez hay menos diferencias: “*A fuerza de rebajar el «riesgo operacional» [...] ese concepto ha «adelgazado» tanto que casi se ha quedado en el puro hueso del principio de riesgo y ventura, predicable de todos y cada uno de los contratos*”³⁴⁴. No obstante, si bien coincidimos con ese ‘adelgazamiento’ del concepto del que habla Huergo Lora, a nuestro juicio, tal comparación parece un tanto excesiva, en tanto en cuanto no debe olvidarse que la Directiva también incluye la exigencia de que no quede garantizada la recuperación de la inversión, lo cual necesariamente obliga al concesionario a asumir algo de riesgo de explotación, aunque éste sea poco, y ello supone mantener la principal diferencia entre las concesiones y el resto de contratos.

Según lo anterior, un contrato no puede considerarse concesión “*cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato*”³⁴⁵. Hablamos de sectores en los que, debido a la esencialidad o características especiales del servicio, la reglamentación establece unas condiciones de prestación del mismo que conllevan necesariamente una mitigación del riesgo asumido por el operador. Lo relevante es determinar en qué casos dicha mitigación es tan grande que impide considerar el contrato una concesión. Por ejemplo, la obligatoriedad de algunos servicios como el educativo que exige a todos los padres la escolarización de sus hijos, o el de suministro de agua que obliga a la conexión a las redes de suministro y evacuación de aguas así como a su utilización; o las llamadas demandas ‘cautivadas’ (no liberalizadas) que impiden al usuario elegir libremente como es el caso de algunos servicios sanitarios con asignación de centro hospitalario, o los de recogida de basuras en los que solo existe un operador que preste el servicio. En todos estos supuestos el riesgo del negocio está limitado pero en algunos de ellos puede incluso llegar a

³⁴⁴ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, pp. 39, 40 y 47.

³⁴⁵ Considerando 19.

considerarse inexistente³⁴⁶. Es a estos contratos a los que la Directiva niega la naturaleza concesional. Como es lógico, el análisis debe ser caso por caso, pues las especificidades de la reglamentación de cada sector o servicio son infinitas.

En cambio, sí estará permitida la incorporación en el régimen contractual de la concesión de compensaciones que sean parciales, y no supongan garantía alguna de recuperación de la inversión³⁴⁷. También será posible, como se explicará a continuación, hablar de concesión en sectores con tarifas reglamentadas en las que la Administración sufrague parte del precio.

3.2.8. Indiferencia del origen de la remuneración

Por último, conviene aclarar que para determinar la transferencia del riesgo operacional resulta **indiferente de dónde provenga la remuneración**³⁴⁸. Al contrario de lo que consideraba hace algunos años la jurisprudencia del TJUE, los precios no tienen necesariamente que ser abonados por los usuarios o consumidores para poder hablar de concesión³⁴⁹. La Administración adjudicadora puede abonar toda o parte de la contraprestación.

La Directiva así lo establece: *“hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora*

³⁴⁶ La Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana declaró la imposibilidad de utilizar la concesión para la prestación de servicios recogida de residuos urbanos y de limpieza viaria ante la inexistencia de riesgo de explotación. La obligatoriedad de la prestación del servicio y la ausencia de competidores hacen que no hay incertidumbre sobre la demanda. *Vid.* Informes 4/2011, de 22 de noviembre, y 4/2012, de 9 de mayo.

De igual modo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución 221/2015, de 23 de diciembre, calificó como de servicios un contrato de atención a personas mayores y dependientes en un centro de día por considerar inexistente el riesgo que requieren las concesiones. La libertad de elección de centro de los usuarios o familiares estaba fuertemente limitada por ser éste el único centro de similares características que prestaba servicio en todo el municipio y en otro colindante, ello sumado al reducido número de plazas disponibles (15 en concreto), y la escasa duración del contrato (un año), evidenciaron que la variabilidad de la demanda era una mera ilusión.

³⁴⁷ Obsérvese, como no habría podido tener cabida en este concepto de riesgo operacional el antiguo régimen de la mal llamada Responsabilidad Patrimonial de la Administración que establecía como derecho del concesionario el que percibiese una indemnización por valor de las inversiones realizadas que no hubieran sido ya amortizadas, en casos de resolución que incluían el supuesto de insolvencia o concurso de la sociedad concesionaria. La modificación de dicho régimen por la Ley 40/2015 y su adaptación al concepto de riesgo operacional se analizarán más adelante. *Vid. infra.* pp. 288 y ss de este trabajo.

³⁴⁸ PEZ, T., “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, p. 242, párrafos 24 y 25.

³⁴⁹ Recuérdese que la jurisprudencia primigenia del TJUE asociaba directamente el pago por la Administración adjudicadora con el contrato de servicios, y el pago por los usuarios con la concesión. *Vid. supra* pp. 125 y ss de este trabajo.

pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”³⁵⁰.

En aquellos casos en que la Administración decida remunerar en compañía de los consumidores sufragando parte del precio con objeto de poder ofrecer a los ciudadanos determinados servicios a precios asequibles (lo que se conoce como precios políticos o tarifas reglamentadas) la exigencia será, como ya se ha explicado, que esa cuantía sea inferior a los costes e inversiones en que hubiera incurrido el concesionario³⁵¹.

3.2.9. A modo de recopilación: Definición del concepto de riesgo operacional

A modo de recopilación es especialmente oportuna la aportación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que resume el conjunto de características que conforman la concesión del siguiente modo:

“Para la tipificación como concesión es nota esencial el que exista transferencia de riesgos. La configuración del sistema de retribución debe contemplar esta exposición al riesgo, si bien es posible que dicho riesgo sea, desde el inicio, muy limitado como consecuencia de la configuración jurídico-pública del servicio, y no de la decisión de la entidad adjudicadora. La posibilidad de percibir un pago del órgano contratante, como contrapartida del servicio, no altera la naturaleza de la concesión, siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación. Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad, o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en sí mismo, alteran, a priori, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado”³⁵².

³⁵⁰ Considerando 18.

³⁵¹ “El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor”. Considerando 19 de la Directiva 23/2014.

³⁵² Informe 13/2015, de 30 de septiembre.

De todo lo expuesto se podría extraer la siguiente definición del concepto riesgo operacional:

El riesgo operacional es un riesgo de tipo económico-comercial fruto de explotar u operar un negocio, que se deriva de factores externos al control de las partes y que debe reflejarse en el sistema retributivo del contrato haciéndolo depender de la frecuentación o uso que hagan los consumidores de la obra o servicio (ya sea en forma de demanda o de suministro) de manera que el contrato quede expuesto a las reglas de funcionamiento del mercado y pueda mitigarse sin que se garantice la recuperación de la inversión.

3.3. Riesgos que lo conforman

Corresponde a continuación analizar en qué consisten concretamente estas dos variables (demanda y suministro) que conforman el contenido del riesgo operacional y que desempeñan un papel tan clave, pues de ellos, y solo de ellos, se ha de hacer depender el contrato de concesión.

El art. 5 de la Directiva 23/2014 define el contrato de concesión de obras y el de concesión de servicios de forma separada pero con una estructura paralela: son concesiones aquellos contratos a título oneroso celebrados por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos y cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

A renglón seguido se añade la obligatoriedad de que el concesionario asuma el riesgo operacional del contrato configurando dicha transferencia como *conditio sine qua non* de la concesión e identificando dos tipos de riesgos muy concretos:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni

a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

La cuestión es que las únicas definiciones existentes del riesgo de demanda y del de suministro se encuentran recogidas en el considerando 20 de la Directiva 23/2014, el cual, lejos de completar el contenido del concepto de riesgo operacional, adolece de una indeterminación que complica su concreción dando lugar a múltiples interpretaciones de la doctrina, y con ello, a la incertidumbre e inseguridad jurídicas. Un ejemplo de las consecuencias de esta falta de claridad de la Directiva en la definición de los riesgos es la ley de transposición francesa que ha preferido no mencionar ni el riesgo de demanda ni el de oferta (a falta de saber realmente lo que significan) y ha utilizado, en su lugar, la idea de “riesgo de gastos o costes”, “riesgo de resultados” y “riesgo de ingresos”³⁵³.

3.3.1. Riesgo de demanda

Dice el considerando 20 de la Directiva que *“debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato”*. De los dos riesgos éste es el que menos dudas ofrece y ello a pesar del desatino que supone definir un concepto utilizando el mismo término en su explicación (el riesgo de *demanda* es “el que se debe a la *demanda*...”). Sea como fuere, parece evidente que lo que se trata de decir es que el riesgo de demanda es aquel que se refiere a la variabilidad de la

³⁵³ “Risque de dépenses”, “risque de résultats” y “risque de recettes”. En concreto, considera la doctrina francesa que el riesgo operacional es un riesgo de “resultados” o también llamado de “pérdidas potenciales”. El autor Thomas Pez explica que se descarta utilizar la terminología comunitaria de riesgos de demanda/oferta pues el riesgo de demanda, además de estar presente en todos los contratos y no solo en el de concesión, tiene un carácter global y no está circunscrito solamente al riesgo vinculado a los ingresos (como lo entiende la jurisprudencia comunitaria) sino que también incluye el riesgo de gastos (esto es, de gastar más de lo previsto). De hecho, considera que el riesgo de gastos o costes es común tanto en lo que la directiva llama riesgo de demanda como en el riesgo de oferta. Por ello se prescinde de utilizar una terminología que, en opinión de este autor, *“mezcla en el riesgo de explotación los riesgos de gastos y de resultado con los riesgos de oferta y de demanda”*. Así pues, las normas de transposición francesas se centran en asegurar que en la concesión se asuma el riesgo de pérdidas o de resultados (riesgo operacional) y trata de desgranarlo utilizando su propia terminología pues asegura ser más “operativa”: riesgo de gastos y riesgo de ingresos. En cualquier caso, consciente de la ambigüedad que también genera la proposición de riesgos particular francesa, el autor reconoce confiar a la jurisprudencia la labor de *“fijar el derecho positivo en la materia”* y a la doctrina la de *“su aclaración”*. Lo explica detenidamente en: “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, pp. 248-250.

frecuentación o uso de una determinada obra o servicio. Como indica Valcárcel Fernández este tipo de riesgo “*alude al riesgo derivado de que un mayor o un menor número de usuarios utilicen la infraestructura o reciban el servicio explotado, aspecto del que deriva en todo o en buena parte, la remuneración que recibe el adjudicatario del contrato*”³⁵⁴.

Más concretamente, podríamos señalar que el riesgo de demanda se identifica con el riesgo real de que el concesionario perciba unos ingresos insuficientes para cubrir los costes debido a un escaso uso o frecuentación (esto es, debido a una baja demanda). Esta bajada en la demanda puede derivarse de múltiples factores como la evolución o crecimiento económicos, las nuevas tendencias del mercado, la competencia de otros operadores de infraestructuras o servicios equivalentes, o la obsolescencia tecnológica³⁵⁵. A este respecto, debe reconocerse que, en efecto, es fundamental entender que el riesgo de demanda es un riesgo que depende de elementos externos al contrato, pues de lo contrario, estaríamos alejando a este riesgo del ámbito de las incertidumbres o vicisitudes del mercado y condicionándolo a factores que únicamente dependen del concesionario, y esto último, como se sabe, no puede ser considerado riesgo operacional³⁵⁶.

Ahora bien, creemos que en este punto se produce una confusión importante. Algunos autores interpretan esta exigencia de la externalidad del riesgo operacional de forma que consideran que ello implica que, en ningún caso, el riesgo de demanda puede abarcar aquel cambio en la demanda que resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios

³⁵⁴ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., “La directiva de concesiones ...”, *op. cit.*, p. 121.

Del mismo modo opinan los ingenieros de caminos Sánchez Soliño, López Corral y Carpintero López quienes afirman que “*el riesgo de demanda se refiere a la mayor o menor utilización de la infraestructura por parte de los usuarios, con el consiguiente efecto directo sobre los ingresos del concesionario*”. LÓPEZ CORRAL, A.M., SÁNCHEZ SOLIÑO, A. y CARPINTERO LÓPEZ, S., “Las concesiones de infraestructuras y equipamientos públicos en España”, *Boletín económico de ICE*, nº 2890, octubre de 2006, p. 46.

³⁵⁵ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P. “La directiva de concesiones...”, *op. cit.*, p. 121; SANAHUJA ESBRI, M. y MORENO AYZA, O.J., “El riesgo operacional en la contratación pública”, blog jurídico *Fiscalización local*. Disponible en: <http://www.fiscalizacionlocal.es/concepto-de-riesgo-operacional-en-la-contratacionpublica/>, (consultado el 29 de noviembre de 2017); “*El riesgo de demanda típico consiste en que la utilización del servicio pueda sufrir una bajada debido a la aparición en el mercado de una oferta más competitiva de otro operador, a la falta de atractivo de la oferta del concesionario, así como a factores totalmente exógenos como la caída del consumo provocada por una crisis económica*” RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, en: CARTEI, G.F. y RICCHI, M., (dirs.), *Finanza di Progetto: e Partenariato Pubblico Privato 2015- Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015, p. 9 y 10.

³⁵⁶ La Directiva es clara al respecto y afirma que un riesgo vinculado a la mala gestión o a incumplimientos del contrato no puede considerarse riesgo operacional por ser éste un tipo de riesgo inherente a cualquier contrato y no específico de la concesión. *Vid.* Considerando 20.

suministrados por el concesionario, aun y cuando reconocen que “*los déficits cualitativos y cuantitativos en esta materia pueden tener un efecto en el uso efectivo del servicio, y en algunos casos, ejercen un efecto de desalojo*”³⁵⁷. Al margen de que, en la mayoría de los casos, no sea realmente posible determinar si la subida o la bajada en la demanda se ha debido a una actuación del concesionario o a otro factor cualquiera, no compartimos esta idea pues cuando la Directiva exige que el riesgo se deba a factores externos “que escapen al control de las partes” está queriendo excluir aquellos contratos en los que los resultados dependen única y exclusivamente del comportamiento del concesionario (de su buena o mala gestión), esto es, aquellas concesiones que se remuneran únicamente transmitiendo el riesgo de disponibilidad, pues en ellos la remuneración de la concesión queda en manos del concesionario y no tienen nada de incierto ya que, si cumplen con las exigencias de prestación detalladas en los pliegos (buena gestión), obtienen el 100% de la remuneración; y si tienen algún incumplimiento (mala gestión), se imponen penalidades en la remuneración.

Es a eso a lo que se está refiriendo el legislador comunitario y no a que el riesgo de demanda deba ser un riesgo sobre el que el concesionario no pueda tener incidencia alguna. Que el comportamiento o el modo de prestación del concesionario pueda tener alguna influencia (por ejemplo, promoviendo el uso del servicio) a parte de ser inevitable, no significa que lo tenga completamente controlado ni que tenga garantizado un nivel mínimo de demanda que le vaya a proporcionar beneficios pues el riesgo que se le transfiere depende de la confluencia de otros muchos factores externos e inciertos cuya materialización asume igualmente. Y ello debe ser así, además, porque, tal y como indica la doctrina económica sobre el riesgo en las relaciones de agencia, resultaría contraproducente transmitir riesgos sobre los que los concesionarios no puedan incidir de ninguna manera pues la transferencia del riesgo debe realizarse, para que resulte eficiente, de modo que sirva para incentivar al agente (concesionario) y ello inevitablemente exige que su gestión pueda influir de algún modo en la materialización del riesgo, de lo contrario, nunca podría ser incentivado³⁵⁸.

El riesgo de demanda se traduce, por tanto, en un sistema de retribución que consista en cobrar por usuario. De este modo, la recuperación de las inversiones más la obtención de

³⁵⁷ SANAHUJA ESBRI, M. y MORENO AYZA, O.J., “El riesgo operacional en ...”, *op.cit.*

³⁵⁸ *Vid. supra* pp. 20 y ss de este trabajo.

beneficios, o lo que es lo mismo, la rentabilidad del negocio dependerá del número de usuarios o consumidores que tenga el servicio prestado, y éste número dependerá, a su vez, de elementos como la evolución económica, la competencia, las tendencias del mercado, y también, como nosotros defendemos, de la prestación del concesionario... La conjunción de estos factores hacen que el resultado sea incierto tal y como exige la directiva con respecto al riesgo operacional.

Una posición particular sobre el contenido del riesgo de demanda es la mantenida por el francés Thomas Pez quien afirma que este riesgo no es exclusivo de las concesiones sino que está presente en todo tipo de contratos: *“La existencia de riesgo de demanda en los contratos públicos es negada por aquellos que quieren reservar el criterio a la identificación de contratos de gestión delegada. El riesgo de demanda es, sin embargo, real en los contratos públicos tanto como en las concesiones y se divide en riesgo de ingresos y en riesgo de gastos”*³⁵⁹. Afirma también que *“El riesgo de demanda es un riesgo global que afecta tanto a los ingresos como a los gastos, es más un riesgo que afecta a los resultados de explotación que un riesgo limitado solamente a los ingresos”*³⁶⁰. En nuestra opinión el autor no está haciendo referencia al riesgo de demanda al que se refieren las Directivas, sino al riesgo, efectivamente común a cualquier contrato, según el cual puede que los ingresos (provenzan de donde provengan) no sean suficientes para sufragar los costes por un incremento inesperado de estos últimos. Sin embargo, cuando hablamos del riesgo de demanda de las concesiones estamos exigiendo que los ingresos provengan de la utilización o frecuentación que los usuarios hagan del servicio, lo cual indudablemente lo convierte en un riesgo incierto exclusivo de las concesiones pues en el resto de contratos los ingresos constituyen un precio fijo, esto es, una cantidad cierta e invariable.

3.3.2. Riesgo de suministro ¿o de oferta? Exclusión del riesgo de disponibilidad.

Mayores dificultades plantea el denominado riesgo de suministro debido a la confusión terminológica que tiene lugar en la Directiva. Si bien el artículo 5 de la misma se refiere al riesgo de “suministro”, el considerando que define los tipos de riesgo habla de riesgo de “oferta”. Dicho considerando establece (justo a continuación de señalar que el riesgo

³⁵⁹ (Traducción propia). PEZ, T., “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, p. 250, párrafo 65.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 250, párrafo 63.

operacional puede consistir en un riesgo de demanda o en el de “suministro” o en una conjunción de ambos) que “*debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda*”. Las interpretaciones son varias.

Algunos autores consideran evidente que la doble terminología (oferta/suministro) se debe a que ambos conceptos son sinónimos³⁶¹. Otros, sin embargo, identifican el riesgo de suministro como un concepto más amplio en el que se incluyen tanto el riesgo de oferta como el de disponibilidad puesto que entienden que eso es lo que se desprende de la locución “en particular”³⁶². Por último, algún otro ha venido defendiendo que riesgo de oferta (o suministro) y de demanda son fundamentalmente lo mismo³⁶³.

Pues bien, antes de entrar a analizar cuál es el verdadero significado del riesgo de suministro, primero debe aclararse cuál es su relación con el riesgo de disponibilidad y si éste se considera incluido en el concepto de riesgo operacional o no.

El riesgo de disponibilidad ha sido definido en el ámbito comunitario por la normativa SEC 2010³⁶⁴ que ha ido delimitando los supuestos en los que una determinada operación computa a efectos de déficit público mediante la aplicación de unos criterios de contabilidad en ella recogidos. Según ésta, el riesgo de disponibilidad se refiere a las

³⁶¹ Para Valcárcel Fernández “*lo primero que se desprende del considerando es que en la Directiva se emplean las referencias al “riesgo de oferta” y al “riesgo de suministro” como expresiones sinónimas*”. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La directiva...”, *op.cit.*, p. 130. Igualmente, Román Márquez afirma que el riesgo de oferta es “*denominado por la Directiva indistintamente como ‘riesgo de suministro’*”. ROMÁN MÁRQUEZ, A., “El riesgo en las concesiones...”, *op. cit.*, p. 462.

³⁶² “*el riesgo de suministro, en general, ha de ser entendido como riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad [...] a efectos prácticos, cualquier contrato puede transferir al contratista el riesgo de suministro pero solo en el de concesión se debe trasladar al concesionario el riesgo de suministro ligado a la demanda -incertidumbres del mercado- esto es, el riesgo de oferta [...] Desde este prisma, el riesgo de oferta es el riesgo de suministro específico de las concesiones que está expuesto a las incertidumbres de mercado, puesto que está vinculado a la demanda, a diferencia del riesgo de suministro normal propio de todos los contratos que queda en la esfera de la diligencia del concesionario*”. LÓPEZ MORA, M.E., *Los contratos de concesión a la luz de la directiva 2014/23/UE del parlamento y del consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017, pp.175 y 176.

³⁶³ “[...] *a falta de mayores aclaraciones en la directiva, da la impresión de que el riesgo de suministro u oferta no es otra cosa que el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista, que, en particular en las concesiones de servicios, ha de disponer o preparar una oferta del servicio que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva del mismo suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio, o no (en ello justamente radica el riesgo empresarial que debe existir en estas operaciones)*” MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre...”, *op.cit.*, p. 405.

³⁶⁴ Normativa aprobada por el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea

posibles pérdidas que puede llevar aparejada una prestación que incumpla las condiciones especificadas en el contrato.

Si analizamos la definición del riesgo de oferta proporcionada observamos como éste se caracteriza por dos notas fundamentales: la primera es que se trata de un riesgo “relativo al suministro”, es decir, que tiene que ver con lo que se pone a disposición de los usuarios; la segunda es que esa puesta a disposición debe ajustarse al nivel demandado, materializándose la situación de riesgo cuando lo ofrecido no coincida con la demanda existente en ese momento y se produzca un desajuste³⁶⁵.

Así pues, comparando ambos riesgos, podría decirse que el riesgo de suministro abarcaría todos aquellos riesgos relacionados con la puesta a disposición de la obra o servicio en general, siendo el de oferta el relativo a esa puesta a disposición en relación con la demanda; y el de disponibilidad, la puesta a disposición según lo establecido en el contrato. Los puntos de conexión son diferentes. En el primero, se conecta lo suministrado u ofrecido por el concesionario con la demanda, que es un elemento incierto y variable; en el segundo se conecta con los estándares del clausulado de un contrato que, por el contrario, no son inciertos sino conocidos y estables en el tiempo. La distinción tiene implicaciones de importancia pues, según esta explicación, el riesgo de oferta sí puede considerarse riesgo operacional pues cumple con la condición de suponer una exposición a las incertidumbres del mercado ya que depende directamente de la demanda que exista. El riesgo de disponibilidad, sin embargo, depende de una serie de parámetros establecidos en un contrato *a priori* que nada tienen que ver con la volatilidad del mercado sino con la diligencia del concesionario por lo que no puede ser considerado uno de los componentes del riesgo operacional.

La exclusión del riesgo de disponibilidad del contenido del riesgo operacional no se debe solamente a lo que se desprende del análisis de sus definiciones sino que las actuaciones previas de la Unión Europea en la redacción de la directiva nos llevan a pensar que el riesgo de disponibilidad debe desaparecer de la directiva a efectos de la concesión. En

³⁶⁵ “Este riesgo es el relativo a la puesta a disposición de los usuarios de un nivel de obras o servicios ajustado a la demanda que de ellos existe. Se materializaría el riesgo si el concesionario no presta servicios que se ajusten a la demanda existente en cada momento de la obra o servicio que explota”. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “La directiva...”, *op. cit.*, p. 126.

efecto, la propuesta de directiva planteada por la Comisión de 20 de diciembre de 2011³⁶⁶ contemplaba como riesgos componentes del riesgo operacional el de demanda y el de disponibilidad. Más tarde, en la versión definitiva dicha referencia al riesgo de disponibilidad desapareció y se substituyó por la doble terminología de oferta/suministro.

Tal y como apuntan Míguez Macho, Mellado Ruiz, Valcárcel Fernández, Sanz Pérez, Reverter Baquer, y Coyle³⁶⁷, este cambio no debe entenderse como meramente terminológico sino intencionado. Al respecto Coyle establece lo siguiente: *“Ciertamente, el riesgo de disponibilidad está vinculado a la mejor o peor gestión por parte del concesionario, y se trata de un riesgo que, de algún modo, depende de factores que el concesionario puede controlar. Así pues, teniendo en cuenta las manifestaciones realizadas en el considerando 20 de la Directiva, así como la supresión de cualquier referencia al riesgo de disponibilidad en la versión final del texto, el criterio de la Directiva parece apuntar a la exclusión del concepto de contrato de concesión de aquellas concesiones basadas en la transferencia al concesionario del riesgo de disponibilidad, y cuya remuneración consista, por tanto, en pagos por disponibilidad, de forma que tales contratos pasarán a ser contratos de obras y servicios, o únicamente de servicios, pero no de concesión. En base a los mismos fundamentos, Míguez Macho afirma que “Podría pensarse que el riesgo de suministro u oferta es el riesgo de disponibilidad con otro nombre [...] si no fuera porque [...] el mismo considerando 20 excluye expresamente la transferencia al contratista de «los riesgos vinculados... a la mala gestión» como criterio definitorio [...] Además, durante la tramitación de la directiva se substituyó premeditadamente la referencia al riesgo de disponibilidad por la*

³⁶⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 897 final.

³⁶⁷ COYLE, C., “Nueva directiva sobre adjudicación de concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?”, Blog jurídico *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad, [consultado el 1 de diciembre de 2017]; MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre...”, *op.cit.*, pp. 404 y 405. Valcárcel Fernández también recoge la imposibilidad de que se consideren sinónimos: “[...] lo primero que en relación con él [riesgo de disponibilidad] cabe preguntarse es si puede entenderse que es lo mismo que el riesgo de suministro u oferta que ahora menciona la Directiva 2014/23/UE. La respuesta a esta cuestión es, en principio, negativa...” VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: Punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018, p. 57. SANZ PÉREZ, D. y REVERTER BAQUER, M., “La directiva de concesiones: especial atención al riesgo operacional y su aplicación práctica en nuestro ordenamiento (1)”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2016*, Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 444.

referencia al riesgo de suministro u oferta, con lo que no parece razonable mantener que sean lo mismo". Mellado Ruiz, al igual que Román Márquez³⁶⁸, también lo tiene claro: *"habrá que entender que el riesgo de disponibilidad no es hoy elemento caracterizador de un contrato como concesión, al estar obviamente vinculado a la mejor o peor gestión por parte del concesionario de las prestaciones objeto del contrato: se trata, en fin, de un riesgo que el concesionario sí puede controlar, y, por tanto, común a cualquier contrato público"*³⁶⁹. Thomas Pez señala el aspecto más importante y definitivo de todos: la propia directiva en sus considerandos excluye del concepto de riesgo operacional *"los incumplimientos de contrato por parte del operador"*³⁷⁰ por lo que no son relevantes a la hora de calificar un contrato de concesión, pues ese riesgo es inherente a todos los contratos³⁷¹. Y ¿qué es el riesgo de disponibilidad si no es un riesgo de incumplimiento contractual? A nuestro juicio la propia Directiva está excluyendo el riesgo de disponibilidad pero sin mencionarlo expresamente.

Parece evidente la imposibilidad de encajar el riesgo de disponibilidad (tal y como lo entendía la normativa SEC) en las exigencias del concepto de riesgo operacional que se maneja en el ámbito contractual: exposición a las vicisitudes del mercado, riesgo externo e incontrolable, no recuperación de las inversiones, conexión de la retribución con la frecuentación... Características que no se dan en el riesgo de disponibilidad ya que se trata de un riesgo que depende del cumplimiento de lo establecido en un contrato y no de la incertidumbre del mercado, es por tanto controlable por las partes lo cual permite garantizar, en condiciones normales de funcionamiento, la recuperación de la inversión, y no está conectado con la frecuentación del servicio. En nuestra opinión y en la de Huergo Lora, todo ello llevó a la Comisión a eliminar toda referencia a dicho riesgo en la directiva desapareciendo definitivamente en su redacción final: *"Probablemente el cambio desde la denominación de 'riesgo de disponibilidad' que aparece en SEC 2010 y*

³⁶⁸ *"puede concluirse, sin género de dudas, que la Directiva 2014/23 no admite el riesgo de disponibilidad como un riesgo propio de las concesiones, y no lo hace porque está relacionado con el riesgo interno de la concesión, vinculado a la gestión empresarial de la misma, y que para el legislador comunitario no constituye un riesgo característico de las concesiones al ser común a cualquier relación contractual"*. ROMÁN MÁRQUEZ, A., "El riesgo en las concesiones...", *op. cit.*, p. 464.

³⁶⁹ MELLADO RUIZ, L., "Aproximación a la influencia del derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos", en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo III, 2016, p. 2487.

³⁷⁰ Considerando 20.

³⁷¹ PEZ, T., "Le risque, les concessions ...", *op. cit.*, p. 246.

*en las versiones iniciales de la Directiva, a la de ‘riesgo de oferta o suministro’ quiere subrayar precisamente esto, es decir, que ha de tratarse de algo más que de que el concesionario cumpla el contrato y ponga la obra a disposición de los usuarios o preste el servicio”*³⁷².

No obstante lo anterior, algunos de nuestros autores³⁷³ así como una parte importante de la doctrina italiana equipara ambos conceptos de riesgo (oferta y disponibilidad). Ricchi, en concreto, considera que el cambio que se hizo en la Directiva no tenía la intención de cambiar un riesgo por otro sino que simplemente responde a la voluntad de huir de las categorías previstas en la normativa de Eurostat para crear una terminología propia de las concesiones pero queriendo mantener el mismo significado³⁷⁴.

En general, los autores italianos consideran que el riesgo de oferta está referido a la modalidad contractual típicamente italiana del partenariado (colaboración público-privada institucionalizada)³⁷⁵. Es decir, considera que el riesgo de oferta solo tiene cabida en los contratos en los que no existe demanda propiamente dicha (no hay usuarios como tales) porque el destinatario de la prestación y de quien procede la remuneración es la Administración (lo que se conoce como concesiones ‘frías’)³⁷⁶. Para ellos, la posibilidad de que la remuneración, aun procediendo del adjudicador, se establezca en función de

³⁷² HUERGO LORA, A., “Skin un the game: Riesgo operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018, p. 30.

³⁷³ ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obra y servicios en las nuevas Directivas Europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”, *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, nº 45-46, pp. 281.

³⁷⁴ “El motivo de esta ausencia léxica [...] podría residir en la intención de querer acceder a una reconstrucción de riesgo que vaya más allá de aquella indicada por la contabilidad Eurostat”. RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, en: CARTEI, G.F. y RICCHI, M., (dirs.), *Finanza de Progetto: e Partenariato Pubblico Privato 2015- Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015, p. 11; y del mismo autor, “La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici”, *Urbanistica e appalti*, vol. 18, nº7, 2014, p. 747.

³⁷⁵ Cartei también lo señala claramente: “el riesgo operativo parece referido a aquellas operaciones cuyas rentas derivan del sujeto adjudicador en cuanto usuario final de la infraestructura y concierne a los supuestos del contrato de partenariado público” CARTEI, G.F., “Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise”, *Urbanistica e appalti*, vol.20, nº8 y 9, 2016, p. 943.

³⁷⁶ “La interpretación que se hace de los considerandos es que el riesgo operativo del lado de la oferta sólo ha sido configurado para los contratos de concesión donde el poder adjudicador es el ‘main payer’ y paga un canon periódico frente a la realización de una estructura y la gestión de un servicio, o bien sólo por la gestión de un servicio. En otras palabras, se refiere a las concesiones ‘frías’”. RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, *op.cit.*, p. 10. Igualmente, *vid.* SCALERA, D., “Il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni”, *Revista electrónica Amministrazione in Cammino*, p.2.

elementos externos como el número de usuarios no es costumbre en la institución de partenariado, por lo que deducen que cuando la Directiva habla de riesgo de oferta se está refiriendo al riesgo que se da en estas concesiones, que no será otra cosa que el riesgo de disponibilidad entendido como el riesgo de que el concesionario sufra penalidades económicas cuando no preste los servicios de forma que se adecúen a los estándares predeterminados en el contrato³⁷⁷. Así lo asegura Ricchi: *“Cuando la capacidad de la oferta del concesionario, establecida contractualmente, pueda reducirse por cualquier razón, con consecuencias negativas de orden económico que equivalgan potencialmente a disminuir la remuneración del concesionario, entonces estas circunstancias pueden configurar el riesgo operativo del lado de la oferta. En particular, en las concesiones frías [...] para configurar el riesgo operativo del lado de la oferta debe estructurarse un sistema de penalidades de aplicación automática que reduzca el canon pagado por el poder adjudicador al concesionario cuando se hubiera revelado una falta de satisfacción de los estándares del servicio predeterminados en términos de volumen y de calidad”*³⁷⁸.

Nuestra tesis, sin embargo, es que el riesgo de disponibilidad (tal y como lo entiende Eurostat y la doctrina italiana, esto es, como riesgo de incumplimiento de estándares del contrato) está excluido del riesgo operacional y que los conceptos de riesgo de suministro y de oferta en la Directiva se utilizan como sinónimos³⁷⁹.

Debe señalarse, no obstante, la incomprensible introducción en nuestra Ley de contratos de la posibilidad de remunerar de acuerdo a pagos por disponibilidad para las concesiones de obras y no así para las de servicios contraviniendo lo establecido por las Directivas y a pesar de las observaciones realizadas por el Observatorio de Contratación Pública³⁸⁰.

³⁷⁷ “Parece, entonces, que el riesgo operativo en el lado de la oferta coincide con el riesgo de disponibilidad, aunque uno se pregunta por qué la Directiva no lo ha explicado al menos en los considerandos, cuando el riesgo de disponibilidad ya tiene una amplia gama de casos definitorios y los documentos contables de Eurostat lo mencionan expresamente”. RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, *op.cit.*, p. 11. La misma postura se defiende en CARTEI, G.F., “Il contratto di concessione...”, *op.cit.*, p. 942.

³⁷⁸ RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, *op.cit.*, p. 10. Igualmente, *vid.* SANTI, G., “Il partenariato contrattuale - Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del dl 90 del 2014”, en: MASTRAGOSTINO, F. (Dir.), *Diritto dei contratti pubblici*, G. Giappiachelli editore, Torino, 2014, pp. 243, 244 y 245.

³⁷⁹ Aunque para Huergo Lora “la expresión «riesgo de oferta» en la Directiva tiene mucho que ver con el riesgo de disponibilidad”.

³⁸⁰ “Se propone revisar los arts. 265.4 (concesión de obra) y 287 (concesión de servicio) para adecuarlos a la Directiva 2014/23 en materia de transferencia de riesgo operacional. Se propone la eliminación de la referencia a la “disponibilidad” en el art. 265.5 y su sustitución por “suministro” e introducir una referencia al “riesgo de suministro” en el art. 287. Es imprescindible que el tipo concesional sea coherente

Nuestro legislador admite expresamente que en las concesiones de obra se transmita solamente riesgo de disponibilidad (sin riesgo de demanda), es decir, como una alternativa: *“La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*³⁸¹. Del análisis de dicho artículo pueden sacarse dos conclusiones: o bien nuestro legislador utiliza el término ‘disponibilidad’ queriendo referirse al riesgo de suministro, lo cual es poco probable y en cuyo caso debería entonces utilizar la misma terminología que las Directivas con el objeto de reducir la confusión; o bien, contempla verdaderamente, a modo de excepción, que las concesiones de obra, en tanto implican la construcción de un activo que es necesario financiar, no se definan en virtud del riesgo operacional y puedan remunerarse de acuerdo al riesgo de disponibilidad. Téngase en cuenta que esto último sería posible pues la Directiva no obliga a los Estados a copiar su tipología de contratos (podríamos nosotros mantener un concepto de concesión diferente) sino simplemente a introducir el régimen de publicidad de los procedimientos de licitación (aspecto con el que cumplimos sobradamente, como se explicará más adelante³⁸²). El problema es que nuestro legislador ha querido reproducir el esquema contractual recogido en las Directivas en lugar de mantener la tipología tradicional de nuestras normas de contratos por lo que es evidente que si decide hacerlo no tiene sentido contradecir su principal máxima (la transferencia del riesgo operacional). Por ello, a pesar de que el hecho de que nuestras concesiones de obras se remuneren de esa forma no contraviene la Directiva, en sí misma, debería descartarse tal opción pues en artículos anteriores de nuestra LCSP se afirma que la concesión de obra *“deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional”*³⁸³. Así pues, si se acoge a la distinción del riesgo operacional deberá, primero, no hacer diferencias entre

con la Directiva europea (la transferencia del riesgo es el elemento medular del tipo) y además no parece justificable introducir diferenciaciones entre la concesión de obras y la concesión de servicios ya que el legislador europeo exige en ambos casos la transferencia del riesgo (suministro y/o demanda)”. Propuesta de modificaciones y mejora del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016), p. 18. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_2_-_Observaciones_al_Proyecto_de_Ley_29_enero_2017_Versio_n_3_2_f68c4305%232E%23pdf/chk.fdba7cd3c3540d93bae1a73a846ad1ab. (acceso en noviembre de 2018)

³⁸¹ Art. 267.4 LCSP

³⁸² Vid. *infra* pp. 184 y ss de este trabajo

³⁸³ Art. 14.4 LCSP.

concesión de servicios y concesión de obras (pues la directiva no las hace) y, segundo, asumir los dos únicos riesgos que componen el riesgo operacional que son el de demanda y/o suministro, pero no el de disponibilidad³⁸⁴. Si se transfiere únicamente este último riesgo, no estaríamos ante el concepto de concesión al que se refiere la Unión Europea en las Directivas.

En otro orden de cosas, no está de más señalar que, a nuestro juicio, si bien el riesgo de disponibilidad está excluido del concepto de riesgo operacional de las Directivas, no se encuadraría tampoco dentro del principio de riesgo y ventura clásico de los contratos, pues siguiendo el razonamiento de García de Enterría³⁸⁵, éste solo despliega efectos en el ámbito de la mayor onerosidad del contrato (es decir, en la situación de que el contrato se haga más caro pero sin que se produzca ningún incumplimiento), mientras que el riesgo de disponibilidad es un riesgo encuadrable en la esfera del incumplimiento del contrato.

Sentado lo anterior, falta por aclarar si este riesgo de suministro del que hablamos tiene identidad propia o, como indicaba Míguez Macho, supone lo mismo que el riesgo de demanda. En efecto, lo más lógico es pensar que riesgo de oferta y de demanda no pueden significar lo mismo pues carecería de todo sentido que la directiva hiciera entonces referencia al riesgo operacional como aquel riesgo que se compone del riesgo de demanda y/o del de oferta. Tal diferenciación solo puede significar que tienen que ser riesgos diferentes, así pues: ¿qué es el riesgo de oferta?

Tal y como lo define Valcárcel Fernández, el riesgo de oferta se refiere “*a la puesta a disposición de los usuarios de un nivel de obras o servicios ajustado a la demanda que de ellos existe*” materializándose el riesgo “*si el concesionario no presta servicios que se ajusten a la demanda existente en cada momento de la obra o servicio que explota*”³⁸⁶. Lo esencial es, por tanto, identificar en qué sentido debe producirse ese ajuste del que se habla. ¿Se refiere a un ajuste cualitativo o cuantitativo? Sobre esta cuestión ni la directiva ni la jurisprudencia se pronuncian por lo que, una vez más, la cuestión está expuesta a la

³⁸⁴ En efecto, si bien el riesgo de disponibilidad no puede entenderse incluido en el riesgo operacional “*ello no significa que el contrato no pueda condicionar la remuneración del contratista a parámetros de disponibilidad. No obstante, ello no sería suficiente para entender que se trata de una concesión de servicios. Debe estar presente en todo caso el riesgo de demanda o de suministro u oferta*”. SANZ PÉREZ, D. y REVERTER BAQUER, M., “La directiva de concesiones: especial ...”, *op. cit.*, p. 428.

³⁸⁵ *Vid. supra* pp. 64 y ss de este trabajo.

³⁸⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “La directiva...”, *op. cit.*, p. 126.

libre interpretación de cada uno, eso sí, partiendo de las premisas que ya sabemos debe reunir el concepto de riesgo operacional. Veamos qué posibilidades existen.

Román Márquez se inclina por la primera opción y conecta el riesgo de oferta con los aspectos cualitativos de la demanda identificándolo como un riesgo que depende “*de las preferencias de los consumidores finales desde un punto de vista de las características de lo ofertado, y no desde un punto de vista del volumen de usuarios, como ocurre en el riesgo de demanda. Este riesgo respondería a la pregunta relativa a qué y cómo quieren el servicio los usuarios finales (calidad del servicio), y no a cuántos lo quieren*”³⁸⁷. No obstante, esta interpretación del riesgo de oferta exigiría el mantenimiento de una constante consulta a los usuarios sobre su nivel de satisfacción con las prestaciones ofrecidas por el concesionario, por medio de encuestas u otros medios similares, (obsérvese la diferencia con el riesgo de disponibilidad que lo que implica es acertar en términos cualitativos y cuantitativos con lo establecido y predeterminado en el contrato, es decir, con la demanda de la Administración, no de los usuarios). Este sistema de consultas permanentes ofrece ciertas dudas por varias razones: por ser éste un sistema que no puede imponerse obligatoriamente a los usuarios sino que ha de contar con su voluntad de colaborar; y por ser la calidad del servicio un aspecto bastante predecible y obvio en la mayoría de los servicios susceptibles de prestarse mediante concesión. Así por ejemplo, a la pregunta de qué y cómo quieren los usuarios el servicio educativo, de recogida de basuras, de prestación sanitaria, de abastecimiento de aguas o de transporte urbano, es bastante fácil responder: un servicio de calidad, prestado por los mejores profesionales, rápido, puntual, seguro, con atención personalizada... Esta posibilidad del concesionario de imaginar con un elevado porcentaje de acierto el tipo de servicio que pueden querer los usuarios le permite conocer de antemano cómo debe realizar su prestación para no sufrir pérdidas, o lo que es lo mismo, cómo debe prestar el servicio para tener garantizados los beneficios o al menos la inversión o costes. Y esto, se aleja bastante de la exigencia de “exposición a las incertidumbres del mercado” que debe implicar el riesgo operacional pues no puede afirmarse que estas cualidades mencionadas de los servicios sean aspectos inciertos. Tal situación podría prácticamente asimilarse al

³⁸⁷ ROMÁN MÁRQUEZ, A., “El riesgo en las concesiones...”, *op. cit.*, p. 462.

riesgo de disponibilidad que, como ya se ha explicado, ha quedado excluido del riesgo operacional precisamente por no suponer incertidumbre alguna.

Todo ello nos hace pensar que el riesgo de que la oferta no se ajuste *cualitativamente* a la demanda de los usuarios sería más bien un riesgo propio de otros sectores no tan esenciales como los que normalmente se prestan mediante concesión. Servicios sujetos a los gustos personales de los consumidores como puede ser el sector de la hostelería, la moda, la tecnología o el ocio en general... En este tipo de servicios un empresario puede tener, en efecto, un riesgo real y significativo de ofrecer servicios o diseñar productos que no interesen a sus usuarios por no reunir las características que ellos demandan en cada momento ya que son servicios susceptibles de prestarse de muchos modos. Así, este tipo de servicios tendrán un riesgo de demanda (posibilidad de que la demanda baje por causas ajenas a la cualidad de lo ofertado) y un riesgo de oferta (posibilidad de que la oferta no se ajuste a las demandas de los usuarios y por lo tanto la demanda baje). Sin embargo, los servicios más típicos de las concesiones no ofrecen estas características, son más básicos y elementales pues todos estaremos de acuerdo en que lo que queremos es que nos atiendan rápido y de manera personalizada los mejores profesionales cuando acudimos al médico; que el agua que sale de nuestros grifos sea segura; que el autobús pase a su hora y sea puntual; que la recogida de basuras sea frecuente; que nuestros hijos estudien en un ambiente académico moderno con los mejores materiales y profesores que lleven un seguimiento personalizado del alumno. Estos aspectos no son ni tan inciertos ni tan impredecibles.

En nuestra opinión, el riesgo de oferta de las concesiones debe identificarse no con un aspecto *cualitativo* sino *cuantitativo*: es decir, el riesgo consiste en transferir al concesionario la incertidumbre de percibir más o menos dinero en función de si lo ofrecido se ajusta a la cantidad de usuarios que existe en cada momento o si, por el contrario, hay demanda que se queda sin ser atendida (falta de suministro). O más concretamente, el riesgo de obtener una remuneración menor y, por lo tanto, la posibilidad de sufrir pérdidas, cada vez que la oferta no pueda atender a toda la demanda³⁸⁸. Lo

³⁸⁸ Esto casa con lo apuntado por Laguna de Paz cuando afirma que un contrato será una concesión “*si los ingresos del contratista dependen de su capacidad para hacer frente a los servicios que se le demandan (riesgo de suministro)*”. Aunque no especifica si esa capacidad de hacer frente debe ser cuantitativa o cualitativa. En nuestra opinión, tal y como se viene explicando, solo puede ser cuantitativa para que el contrato se entienda expuesto a un auténtico riesgo. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos

explica Huergo Lora con detenimiento: “*El riesgo de suministro no puede consistir simplemente en el riesgo de no prestar el servicio o no tener la obra a disposición de los usuarios (con las condiciones de calidad fijadas en el contrato). Si así fuera, el único riesgo asumido por el concesionario sería el de que el contrato no sea rentable porque no le permita cubrir costes, pero ese riesgo lo asume cualquier contratista [...] La única forma de entender el riesgo de suministro como una forma de riesgo operacional (es decir, concesional) consiste en interpretarlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, por circunstancias ajenas a él como, por ejemplo un posible exceso de demanda, se agote el servicio o las posibilidades de uso o no se cumplan los estándares de calidad. Por ejemplo, el concesionario asumiría el riesgo de no cobrar la remuneración por circunstancias (relativamente) ajenas a su buena gestión, como por ejemplo, embotellamientos en la autopista objeto de concesión o tiempos excesivos de respuesta en el servicio concedido*”³⁸⁹.

Refuerza esta opinión el art. 289.1 LCSP relativo a las prestaciones económicas del concesionario de servicios en el cual se establece que “*para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio*” debe incluirse “*una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración*”. El legislador no contempla entre las variables de las que hacer depender la remuneración más opciones que la de la frecuentación. Si entendemos el riesgo de oferta desde un punto de vista cualitativo no se estaría cumpliendo con dicho requerimiento pues no se estaría estableciendo un sistema retributivo en función de la utilización sino del grado de satisfacción que son cosas bien diferentes.

Como puede observarse, con la interpretación que defendemos se hace depender el riesgo de oferta, al igual que el riesgo de demanda, de un aspecto cuantitativo, en concreto, del número de usuarios de una obra o servicio. Puede entenderse que por esa circunstancia autores como Míguez Macho identifiquen riesgo de demanda y riesgo de oferta³⁹⁰: “[...] a falta de mayores aclaraciones en la directiva, da la impresión de que el riesgo de

administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de administración pública*, nº 204, 2017, p. 63.

³⁸⁹ HUERGO LORA, A., “Skin in the game:...”, *op. cit.*, p. 31.

³⁹⁰ No es este autor el único al que el riesgo de oferta se le antoja lo mismo que el de demanda, el italiano Cartei señala como “*en particular, el riesgo de que la prestación de servicios no corresponda a la demanda*” (definición de la Directiva para el riesgo de oferta) es “*el riesgo de demanda típico*”. CARTEI, G.F., “Il contratto di concessione ...”, *op. cit.*, p. 942.

*suministro u oferta no es otra cosa que el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista, que, en particular en las concesiones de servicios, ha de disponer o preparar una oferta del servicio que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva del mismo suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio, o no (en ello justamente radica el riesgo empresarial que debe existir en estas operaciones)”*³⁹¹. López Mora, en la misma línea, define el riesgo de oferta como “*el riesgo de suministro específico de las concesiones que está expuesto a las incertidumbres del mercado, puesto que está vinculado a la demanda, a diferencia del riesgo de suministro normal propio de todos los contratos que queda en la esfera de la diligencia del concesionario*” y, en concreto, entiende esa vinculación a la demanda “*en el sentido de que el concesionario ha de preparar una oferta que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio*”³⁹². No obstante, en nuestra opinión, no debe ser éste el sentido del riesgo de oferta sino el de falta de suministro. Es decir, que el riesgo de oferta ocurre cuando no permita satisfacer la demanda existente en cada momento. Para mayor claridad, señalaremos las diferencias entre el riesgo de suministro u oferta y el riesgo de demanda más concretamente, para demostrar que no solo no son lo mismo sino que son exactamente lo contrario:

Con respecto a la incertidumbre de cada riesgo, en el riesgo de demanda lo que preocupa es que el número de usuarios no sea el suficiente como para cubrir los costes e inversiones y obtener un beneficio. Sin embargo, en el riesgo de oferta lo peligroso es que la oferta se quede corta y sea insuficiente para la demanda de cada momento. O dicho de otra forma, en el primero lo grave es que la demanda sea más baja de la esperada (demanda insuficiente para la oferta existente); en el segundo, que sea más alta (oferta insuficiente para la demanda existente).

³⁹¹ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre...”, *op.cit.*, p. 405.

³⁹² Lo afirma en varias ocasiones: “*En conclusión, y fruto de este trabajo de investigación llego a la conclusión que el riesgo de suministro ha de ser entendido como aquel riesgo vinculado a la oferta que prepara el concesionario que puede encontrar respuesta en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio*”. “...a mi entender, el riesgo de oferta es el riesgo de suministro ligado a la demanda y que el riesgo de suministro incluye riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad”. LÓPEZ MORA, M.E., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, 2019, pp. 167, 258 y 350.

Con respecto a la remuneración, bajo el riesgo de oferta se remuneraría al concesionario, solo o en mayor parte, cuando lo ofrecido y lo demandado coincida, esto es, cuando todos los usuarios hayan sido atendidos o hayan podido disfrutar del servicio, sufriendo algún tipo de penalización económica en caso de que haya habido faltas de suministro. Sin embargo, el sistema de retribución del riesgo de demanda consiste en cobrar una cantidad por cada usuario que utilice el servicio resultando irrelevante si ha habido demanda desatendida o no. Pongamos un ejemplo simplificado de ambos sistemas de remuneración.

Supuesto de hecho:

Servicio de prestación sanitaria en centro hospitalario

500 pacientes en un mes; 100 pacientes sin atender.

A) Sistema de remuneración con riesgo de demanda:

10€ por paciente atendido

B) Sistema de remuneración con riesgo de oferta:

5000€ si no hay faltas de suministro

-3€ por cada falta/paciente no atendido

Resultados remuneración:

Según sistema A (con riesgo de demanda) : $10€ \times 500 \text{ pacientes} = 5000€$

Según sistema B (con riesgo de oferta) : $5000€ - (3€ \times 100 \text{ pacientes no atendidos}) = 4.700€$

Vistas las diferencias con el riesgo de demanda, cuando se analiza el contenido del riesgo de oferta se observa cómo el criterio cuantitativo, al contrario de lo que sucedía con el cualitativo, sí supone una verdadera exposición del concesionario a las vicisitudes del mercado pues el número de usuarios que van a demandar un servicio es considerado un riesgo externo e incierto (por ejemplo, el incremento repentino de usuarios de un hospital derivado de una catástrofe natural, atentado, o epidemia).

Algunos podrán pensar que esta descripción del riesgo de oferta que hacemos, y que se concreta en la penalización económica cuando no se atiende a toda la demanda, es la definición de riesgo de disponibilidad que se contiene en SEC 2010. No opinamos del mismo modo, pues esta normativa contable se refiere a incumplimientos de volumen y calidad establecidos en el contrato, mientras nuestra interpretación se refiere a incumplimientos de volumen en la prestación con respecto a la demanda real (usuarios

reales y efectivos). Las exigencias de volumen que pueden contenerse en las cláusulas de un contrato nunca podrán referirse al número de usuarios por dos razones: en primer lugar, porque la Administración desconoce ese dato como para predeterminarlo contractualmente (número de vehículos, de pacientes, de alumnos...) sólo podrá hacer estimaciones; y segundo, porque si lo hiciera y fijara un número determinado de usuarios, todo lo que excediera de esa cantidad podría legalmente no ser atendido por el concesionario, lo cual carecería de toda lógica, además de que no supondría ninguna incertidumbre como exige el riesgo operacional. Por lo tanto, las especificaciones de volumen que se pueden encontrar en un contrato podrán ser relativas a cuestiones como el número de camas o de quirófanos de un hospital, el número de aulas, etc. Aspectos, estos, en nada vinculados con el mercado, de ahí que el legislador comunitario se empeñara (sin mucho éxito) en aclarar que el riesgo de suministro es “*en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda*”³⁹³. Podría haberse referido al riesgo que no se ajuste “a las especificaciones del contrato”, de hecho, no es que no lo hiciera sino que así estaba señalado en las propuestas de Directiva y se modificó en su redacción final. Por ello creemos que dicho cambio es plenamente intencionado con el objetivo de diferenciarlo del riesgo de disponibilidad que se recoge en la normativa SEC.

Eso sí, para que pueda existir el riesgo de oferta que nosotros definimos, será fundamental que nos encontremos ante demandas liberalizadas pues, como bien indica Román Márquez, en aquellos casos en los que los usuarios no pueden demandar voluntariamente las obras o servicios “*no existe ni demanda ni oferta*” pues la ausencia de usuarios libres “*permite negar la naturaleza concesional*”³⁹⁴. Si no existe riesgo de que la demanda varíe (por ser ésta obligatoria) entonces será fácil diseñar una oferta que nunca se desajuste y no podríamos hablar de riesgo de suministro en concreto (ni tampoco de riesgo de demanda), o de riesgo operacional en general³⁹⁵. Con todo, debe recordarse que la

³⁹³ Considerando 20.

³⁹⁴ ROMÁN MÁRQUEZ, A., “El riesgo en las concesiones...”, *op. cit.*, pp. 462 y 463.

³⁹⁵ Tampoco se tiene en cuenta el riesgo de demanda a efectos contables cuando la demanda no es libre: “El riesgo de demanda no se toma en consideración en los contratos de CPP en los que el usuario final no puede decidir sobre el uso de la infraestructura y/o servicio; por ejemplo, prisiones, hospitales, escuelas. Sí se aplicará en caso de infraestructuras de transporte”. MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 194, mayo-agosto 2014, p. 451, nota al pie 46.

jurisprudencia europea es bastante permisiva a este respecto, admitiendo la concesión aun en casos en los que el riesgo es muy limitado desde su origen debido a regulaciones del sector que crean una demanda no del todo libre o condicionada, y solamente negando el carácter concesional cuando sea totalmente inexistente.

En definitiva, la concesión debe depender necesariamente de la frecuentación que se haga del servicio (tal y como exige el art. 289.1 LCSP³⁹⁶) pero pueden diseñarse sistemas retributivos diferentes que cumplan igualmente con dicho requerimiento. Es decir, esta conexión a la frecuentación puede darse ya sea en forma de riesgo de demanda (cobrar por usuario), ya sea en forma de riesgo de oferta (remuneración con penalizaciones en función de si la oferta ha sido suficiente para atender a la demanda en cada momento o no). En ambos casos la ecuación económica del contrato está dependiendo de un elemento externo como la frecuentación, pero las formas de retribución y los riesgos son diferentes. En uno el riesgo es que la demanda sea más baja de la esperada (demanda insuficiente); en otro, que sea más alta (oferta insuficiente). Esto demuestra el contenido propio del riesgo de oferta, pues no puede alegarse que el riesgo a que haya pocos usuarios (riesgo de demanda) sea lo mismo que el riesgo a que no haya oferta bastante para atender a todos los que lo demanden (riesgo de oferta). Al contrario, los conceptos son más bien opuestos.

La decisión de por qué riesgo optar en cada caso dependerá de aspectos que ya han sido analizados en el primer capítulo de este trabajo, donde se estudia cómo debe hacerse la transmisión del riesgo según la literatura económica para promover la eficiencia del contrato. La transmisión de uno u otro (o incluso de los dos) en efecto puede servir para incentivar al concesionario a conseguir determinados objetivos. A modo de resumen y de manera un tanto simplificada, lo ideal sería transmitir el riesgo de demanda en todos aquellos servicios cuya utilización interese promover (por ejemplo, transporte público) mientras que el riesgo de oferta será la opción más oportuna para aquellos servicios en los que lo interesante no sea incrementar el número de usuarios sino que nadie se quede sin suministro cuando lo necesite (por ejemplo, servicios sanitarios, abastecimiento de agua...).

³⁹⁶ Art. 289.1 LCSP: “El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”

A continuación se expone una tabla comparativa de los riesgos analizados:

Riesgo operacional	Riesgo	Materialización	Causa	Consecuencia	Sistema de remuneración ³⁹⁷
	R. demanda	Demanda inferior a la oferta	Externa (variabilidad demanda)	Ingresos insuficientes para cubrir costes/inversiones	Cobrar por usuario
	R. oferta/suministro	Oferta inferior a la demanda: Situaciones de falta de suministro	Externa (variabilidad demanda)	Ingresos insuficientes para cubrir costes/inversiones	Cuantía fija + penalizaciones por cada falta de suministro
	R. disponibilidad	La oferta no cumple con lo especificado en el contrato	Interna ³⁹⁸	Ingresos insuficientes para cubrir costes/inversiones	Cuantía fija + penalizaciones por cada incumplimiento del contrato

3.4. Origen del concepto en la contabilidad Eurostat. La normativa SEC 2010.

Desde la aparición del concepto de riesgo operacional se ha acudido con frecuencia a la normativa europea sobre contabilidad (SEC 2010) en la que se toman diferentes riesgos

³⁹⁷ Se trata de señalar cómo se plasma en el contrato de concesión la transmisión de cada riesgo mediante el sistema de remuneración.

³⁹⁸ El carácter interno o externo del riesgo se relaciona con su consideración de riesgos controlables o incontrolables, en el sentido de que el contratista puede o no incidir en su evitación (que no en la mitigación de sus consecuencias, que es algo diferente). La variabilidad de la demanda de la que dependen los riesgos de demanda y oferta siempre va a ser un elemento al margen del contrato dependiente de variables ajenas a él (causa externa); mientras que la inadecuación a los términos del contrato del riesgo de disponibilidad en condiciones normales de funcionamiento (esto es, en la mayoría de casos) tiene origen en la existencia de la actividad misma en que consiste el objeto del contrato (causa interna), como puede ser una mala organización, un error de cálculo, o cualquier hecho fortuito que pueda producirse como la rotura de maquinaria. Se trata de riesgos que si bien es habitual que sucedan, pueden evitarse o reducirse mediante una actuación determinada del contratista como puede ser el despliegue de una mayor diligencia o control, aumento del personal, instalación de sistemas de seguridad, mantenimiento de la maquinaria... No obstante, podrá haber casos en los que el incumplimiento del contrato se deba a causas externas como una subida de los precios que impida terminar la obra, o unos daños por fenómenos meteorológicos que la retrasen o estropeen, pero estos supuestos no pueden considerarse una situación normal de funcionamiento sino que son circunstancias mas o menos extraordinarias. Siempre y cuando estos hechos no constituyan algún supuesto de los calificados como fuerza mayor por la ley o no puedan considerarse totalmente imprevisibles encajando en la doctrina del riesgo imprevisible, serán responsabilidad del contratista. Román Márquez señala este diferente origen de los riesgos, afirmando que el riesgo de disponibilidad “*se fundamenta en circunstancias internas de la explotación comercial (gestión adecuada y conforme a las cláusulas pactadas)*” mientras que el riesgo de oferta o suministro “*lo hace en circunstancias externas a la misma (preferencias de la demanda)*”. ROMÁN MÁRQUEZ, A., “El riesgo en las concesiones...”, *op. cit.*, p. 462 (nota al pie).

que existen en un contrato como criterios para la determinación de si dicha operación debe computar a efectos de déficit en el balance y cuentas de cada Estado o no. La confusión que ha supuesto desde sus comienzos la definición del riesgo operacional ha hecho inevitable que se recurra a esta normativa en busca de una aclaración, con la consiguiente equiparación de conceptos que en un principio, efectivamente, parecían análogos.

Así pues, el art. 2.2 relativo a las “definiciones” de la Propuesta de Directiva³⁹⁹ aportaba lo siguiente:

“El derecho a explotar obras o servicios[...] implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes:

- a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;*
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.”*

Tal y como se puede observar, a parte de hablar de un riesgo operacional “sustancial” que en la redacción definitiva se suprimió a petición del Comité de las Regiones⁴⁰⁰, la propuesta recoge como riesgos componentes del riesgo operacional el clásico de demanda y el de disponibilidad, refiriéndose a éste último como el de “disponibilidad de las infraestructuras”. Pero ¿qué significa exactamente? Ante la duda, resultaba lógico acudir a la definición de la propuesta de reglamento⁴⁰¹ que se había llevado a cabo tan solo un año antes en el ámbito de la UE, en concreto, el 20 de diciembre de 2010, relativo al

³⁹⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 897 final.

⁴⁰⁰ *Vid. supra.* nota al pie 332 de este trabajo.

⁴⁰¹ Propuesta de reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2010, COM(2010) 774 final.

Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales por el que se establecía imputar al operador privado aquellos contratos u operaciones en los que se transfiriesen los riesgos de construcción y de demanda o disponibilidad.

De acuerdo con esta regulación SEC 2010 aprobada por el Reglamento nº 549/2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea⁴⁰² el contrato u operación de que se trate computará a efectos de déficit y deuda y se asignará como activo a la parte que corresponda según lo que se indica a continuación:

“20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quien es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgos de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

⁴⁰² Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO L 174 de 26.6.2013).

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”.

Así mismo, el punto 20.284 señala que *“los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos”.*

Relación del riesgo de disponibilidad SEC con el riesgo de oferta de la Directiva:

Así las cosas, durante un tiempo se identificó el riesgo de disponibilidad primigenio de la directiva con la definición algo más clara que se contiene en la normativa SEC. No obstante, como ya se ha indicado, la redacción final de la directiva sustituyó el riesgo de disponibilidad por el concepto de riesgo de suministro/oferta, por lo que a partir de entonces (2014) los conceptos de la Directiva y del reglamento dejaron de poder considerarse estrictamente equiparables para adquirir matices diferentes. Las interpretaciones de ese cambio fueron múltiples. Si bien para muchos se seguía hablando de lo mismo en ambas normas (recuérdese especialmente la doctrina italiana), en mi opinión no puede pasar desapercibido que la directiva pasó a definir el nuevo riesgo de suministro/oferta como “el riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda” lo cual supone un punto de conexión diferente al de disponibilidad: uno exige la adecuación a la demanda; el otro la adecuación a los términos del contrato.

Puede que éste fuera el único significado que siempre quiso darse al riesgo de disponibilidad desde sus inicios y que se optara al principio por el término ‘disponibilidad’ por considerarse el término más idóneo para referirse a la necesidad de que la oferta sea siempre suficiente o esté siempre disponible para la demanda en el sentido de que nunca se queden los consumidores sin ésta, y que se decidiera cambiar más tarde cuando se advirtió que el uso de la misma terminología podía dar lugar a error al identificarse con el riesgo de disponibilidad descrito en SEC 2010 que se vincula a los términos del contrato.

Sea como fuere, el Comité de Mercado Interior y Protección del Consumidor que propuso el cambio de ‘disponibilidad’ a ‘suministro’ en el proceso de enmiendas justificó dicho cambio en que la definición y significado del riesgo de disponibilidad en la propuesta de directiva no estaban “*muy claros*” y que la sugerencia del cambio se debía a “*un intento de vincularlo con las decisiones del concesionario relativas a sus inversiones para la ejecución de la concesión*”⁴⁰³. De nuevo, una aclaración que lejos de aclarar resulta de lo más ambigua pero que creemos pretende acentuar la incertidumbre del concesionario a la hora de decidir en qué y cuánto invertir para prestar el servicio efectiva y suficientemente. Pero ésta interpretación, insistimos, sería nuestra y no del comité. En cualquier caso, sí que parece claro que como justificación el Comité no aludió a la necesidad de vincular ese riesgo con las especificaciones del contrato, de hecho el cambio supuso que en la redacción final de la directiva se anudara la oferta a la demanda.

Conviene en este punto hacer también referencia al concepto que la normativa SEC mantiene del riesgo de demanda, el cual se define como “*la posibilidad de que la demanda sea menor o mayor de la esperada*”⁴⁰⁴. El reglamento hace referencia de modo genérico a este riesgo (incluyendo tanto la demanda alta como la baja) por una razón clave: está considerando el riesgo, y definiéndolo, tanto desde el punto de vista del concesionario como de la Administración. Nuestra Directiva, sin embargo, define los riesgos únicamente desde el punto de vista del concesionario que es quien debe asumirlos para poder calificar el contrato como de concesión. Es decir, la normativa SEC necesita delimitar y definir los distintos riesgos que pueden asumir o padecer cualquiera de las partes (Administración pública y operador privado) para determinar cómo deben ser sus contabilidades en cada caso. Por ello define el riesgo de demanda contemplando ambas posibilidades pues para el concesionario (que cobra en función del número de usuarios) el riesgo será que la demanda sea baja, pero para la Administración (cuando es ella la que paga al concesionario mediante el llamado ‘peaje en sombra’) el riesgo será que haya más demanda de la esperada pues cuanta más haya, más dinero desembolsará. Necesita

⁴⁰³ En su traducción original dice así: “*The definition and meaning of "availability risk" in Article 2 Paragraph 2 are not very clear. This suggested new recital is an attempt to link it to the decisions of the concessionaire as to its investments in delivering the concession.*” Enmiendas 001-281 del Comité de Mercado Interior y Protección de Consumidores, del 9 de enero de 2014. (A7/2013/30)

⁴⁰⁴ Apartado 20.283, letra c) de la normativa SEC 2010.

contemplar en su definición el riesgo de demanda de ambos sujetos y éste es diferente para cada parte.

De hecho, tal y como indican Macho Pérez y Marco Peñas, en los casos en los que la remuneración no proviene de los mismos usuarios sino que la que paga es la Administración, el riesgo de demanda para la Administración es especialmente alto pues el usuario, al no sufragar el precio sino resultarle gratuito, no hace un uso moderado de los servicios sino todo lo contrario: *“Este riesgo puede ser controlado por el ente público cuando la retribución del socio privado se realiza total o parcialmente mediante el pago de un canon o tarifa por el usuario de la obra o servicio, puesto que en estos casos el precio al que debe hacer frente el usuario controla la demanda. Por el contrario, cuando la retribución del derecho de explotación proviene únicamente del ente público (mediante un «peaje en sombra»), la desventaja es que el precio no regula la demanda, pudiendo resultar una infraestructura especialmente costosa para el ente público (los usuarios, al no pagar un canon o tarifa, no tienen incentivos para realizar un uso moderado de la infraestructura o servicio)”*⁴⁰⁵.

En la Directiva las cosas son diferentes pues el legislador europeo define los riesgos de demanda y oferta partiendo de que son los que deben ser asumidos por el concesionario. Así se refleja en el art. 5 de la Directiva: *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”*.

Por tanto, cuando se habla de riesgo de demanda del concesionario se hace referencia siempre a un riesgo que consiste en obtener una demanda más baja de la esperada, pues esa reducción de la misma es la que tiene consecuencias económicas negativas para él. Por el contrario, la subida de demanda incrementaría sus ingresos y solo podría suponer un riesgo desde el punto de vista de la oferta, esto es, cuando esté contemplado que ante la imposibilidad del concesionario de responder a una demanda inesperadamente alta, sea penalizado económicamente por ello (riesgo de suministro u oferta).

⁴⁰⁵ MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas...”, *op.cit.*, p. 451.

De la comparación de los riesgos de una y otra norma europeas se desprende que el riesgo operacional en la directiva de concesiones no es exactamente el mismo que en la normativa SEC⁴⁰⁶. No obstante, las dudas acerca de las similitudes entre ellos son obvias por la confusión generada en torno a los conceptos de ‘suministro/oferta’ y ‘disponibilidad’ (entendidos por algunos autores como sinónimos o equivalentes, y por otros, como conceptos distintos). Sin embargo, las diferencias son considerables.

Primeramente, debe señalarse que el reglamento SEC no hace un tratamiento global de este tipo de contratos sino que diferencia entre contratos de concesión y contratos de colaboración público-privada (los llamados ‘*Public Private Partnerships*’ o ‘PPPs’) para cada uno de los cuales prevé reglas de contabilidad distintas. Así pues, a efectos contables se considerarán “concesiones” solamente los contratos en los que la Administración no pague o pague minoritariamente al operador privado (esto es, aquellos en los que quienes abonen los precios sean los usuarios), mientras que serán ‘PPPs’ aquellos en los que la Administración pague al operador todo o la mayoría del precio. Obsérvese que, en virtud de lo anterior, la mayoría de nuestras concesiones de servicios, en tanto en cuanto lo son de servicios públicos o esenciales (servicio sanitario, educativo, de transporte...) y conllevan peajes en sombra de la Administración que constituyen el total o la mayoría del precio del servicio, son considerados para Eurostat PPPs y no concesiones. Tanto en la Directiva como en nuestra norma de transposición, la LCSP, no contemplan el contrato de colaboración público-privada que es absorbido por la única figura contractual que existe ahora que es el contrato de concesión y a la que le resulta irrelevante si el pago se produce por a Administración integra o mayoritariamente o no.

El segundo aspecto medular, es que SEC 2010 está pensando, a la hora de regular la contabilidad de este tipo de operaciones, en contratos que impliquen la construcción o rehabilitación de algún tipo de infraestructura para su posterior explotación (es decir, concesiones de obras o concesiones de servicios con construcción de obra), que son aquellos cuya contabilidad interesa más controlar pues son los que mayores estragos económicos pueden causar en las cuentas públicas. Por el contrario, las concesiones de

⁴⁰⁶ “El ejercicio para comprobar la existencia del riesgo de operación no se rige por los mismos parámetros que el propio de la SEC 95. Comparten similitudes, pero responden a finalidades diferentes y no son sustituibles”. SANZ PÉREZ, D. y REVERTER BAQUER, M., “La directiva de concesiones: ...”, *op. cit.*, p. 444.

servicios más típicas de nuestra LCSP no implican construcción de obra⁴⁰⁷. Ello sirva para ser conscientes de que las reglas en que se fundamentan una y otra norma (Directiva y SEC) responden a realidades diferentes aunque utilicen para ello conceptos iguales o similares.

En tercer lugar, la Directiva no exige la transmisión del riesgo de construcción como sí lo hace SEC⁴⁰⁸, precisamente por lo que se ha comentado en líneas anteriores sobre que nuestras concesiones contemplan tanto la prestación de servicios solamente sin construcción de obra, como la explotación de obras ya construidas.

Por último, además de que los tipos de riesgos no son los mismos (riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad o suministro/oferta difieren), la limitación de dichos riesgos que se permite en ambas normas tampoco coincide. Para que una de nuestras concesiones no compute en las cuentas del Estado, según SEC, el concesionario debe asumir la mayor parte de los riesgos y tener un impacto significativo en sus ingresos o beneficios⁴⁰⁹. Por su parte, como ya se ha explicado⁴¹⁰, el estándar de la Directiva es más bajo y reconoce la posibilidad de reducir el riesgo considerablemente con el único límite de que no sea tan mínimo que haga las posibles pérdidas nominales o desdeñables⁴¹¹, lo cual ha sido interpretado por varios autores entre los que destacan Román Márquez y Huergo Lora como que “*no es necesario que el concesionario asuma “una gran parte [...] ni siquiera la mayoría [del riesgo]”*”⁴¹² sino que basta con que “*la transferencia de riesgos no sea insignificante*”⁴¹³ para considerarlo una concesión.

En consecuencia, la máxima que ambas normas utilizan para controlar este límite es también diferente. La Directiva exige, para considerar transferido el riesgo operacional, que no esté garantizada la (total) recuperación de la inversión o costes en que se hubieran

⁴⁰⁷ Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010, Eurostat 2016, p. 324, párrafo 16 y p. 332, párrafo 2.

⁴⁰⁸ “*Lógicamente, el riesgo de construcción no puede asumirse si no existe un activo que pueda ser construido o rehabilitado*”. Manual..., *op. cit.*, p. 333, párrafo 6, nota al pie 215.

⁴⁰⁹ Manual..., *op. cit.*, p. 325, párrafo 24 y 25; p. 332, párrafo 4; p. 339, párrafos 35 y 36. Lo confirma también Huergo Lora. *Vid.* HUERGO LORA, A., “Skin un the game:...” , *op. cit.* p. 26.

⁴¹⁰ *Vid. supra.* pp. 144 y ss de este trabajo.

⁴¹¹ Art. 5 Directiva.

⁴¹² ROMÁN MÁRQUEZ, A. “El riesgo en las concesiones ...”, *op. cit.*, p. 469.

⁴¹³ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 45.

incurrido. SEC, sin embargo, es más exigente para que no compute e impone para ello que no esté garantizada la recuperación o reembolso de la mayoría de la financiación⁴¹⁴.

A continuación se expone en una tabla las principales diferencias señaladas:

	Directiva 23/2014 de concesiones	Reglamento nº 549/2013 (SEC 2010)
Objetivo	Aplicar un régimen de licitación u otro.	Imputar (contablemente) a una de las partes una operación o contrato.
Riesgos comprendidos	Transferencia riesgo operacional: <ul style="list-style-type: none"> • Riesgo demanda y/o, • Riesgo suministro/oferta 	Transferencia riesgos: <ul style="list-style-type: none"> • Riesgo construcción y, • Riesgo demanda y/o, • Riesgo disponibilidad
Limitación del riesgo	Que el operador privado asuma un riesgo que <u>no</u> sea <u>insignificante</u> pero puede no ser mayoritario. El riesgo se puede reducir como máximo hasta el punto en el que haga que <i>“cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario <u>no</u> [sea] <u>nominal o desdeñable</u>”</i> .	Que el operador privado asuma <i>“<u>la mayor parte</u> de los riesgos”</i> .
Máxima	Que la recuperación de la inversión no esté garantizada <u>completamente</u> . <i>“Posibilidad de que [el concesionario] no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento”</i>	Que la <u>mayoría</u> de la inversión no la sufrague la Administración. <i>“La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos”</i> .

⁴¹⁴ Manual..., *op. cit.*, p. 342, párrafo 51 y p. 343, párrafo 55.

3.5. Novedades del riesgo operacional con respecto al riesgo de explotación

Para terminar, habiendo examinado los conceptos de riesgo operacional y riesgo de explotación, cabría preguntarse cuál es la verdadera novedad del concepto de riesgo operacional que han introducido las nuevas directivas.

El riesgo de explotación es un concepto más amplio que el operacional. La Comunicación interpretativa sobre las concesiones del año 2000 vendría a corroborar esta interpretación al afirmar que la responsabilidad o riesgo de explotación “*engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de una obra*” de manera que “*es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento*”⁴¹⁵. Es esta última precisión (el riesgo relativo a la gestión comercial del negocio íntimamente ligado a la frecuentación que hagan los usuarios del mismo) con la que únicamente se identifica el riesgo operacional y con la que se significa al contrato de concesión. El hecho de que la Comunicación reconozca también como parte del riesgo de explotación el resto de riesgos mencionados (la puesta a disposición de la obra o servicio, el control interno de los gastos para lograr la amortización, los aspectos técnicos, o la incertidumbre de tipo financiero) que son riesgos o cuestiones propias de cualquier tipo de contrato, supone otorgar al riesgo de explotación un significado más amplio que el operacional, el cual únicamente se refiere a aquel riesgo que tiene que ver con la exposición del negocio a las incertidumbres del mercado, o lo que es lo mismo, el que tiene que ver con las posibles consecuencias de enfrentarse a la demanda. Por el contrario, el riesgo de no poder ajustarse al estándar comprometido en el contrato, o el de afrontar dificultades técnicas que surjan en la ejecución del contrato que pudieran incrementar los gastos, o asumir la volatilidad de los mercados de crédito como la subida de los tipos de interés o el tipo de

⁴¹⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, p. 7.

cambio, por ejemplo, no son riesgos específicos de la concesión sino que se dan en cualquier tipo de contrato.

Dicho esto, conviene señalar concretamente cuáles son las diferencias más señaladas que se dan en sus elementos definidores haciendo la comparativa entre lo establecido por la jurisprudencia del TJUE y nuestra propia doctrina con respecto al riesgo de explotación y por la actual directiva con respecto al riesgo operacional. Estas son las novedades del riesgo operacional:

La irrelevancia de quién sea el pagador de la concesión

Así, uno de los aspectos más divergentes es la cuestión sobre quién es el pagador de la concesión. La doctrina del TJUE sobre el riesgo de explotación consideraba únicamente un contrato como de concesión cuando la remuneración era satisfecha por los usuarios o consumidores siendo considerado el pago por el adjudicador motivo suficiente para la calificación como contrato de servicios. Ahora, para considerar transferido el riesgo operacional quien haga el pago no es algo determinante, ya que se admite el pago por el adjudicador, siempre que se haga depender de la demanda o la oferta⁴¹⁶; y al contrario, el pago por los usuarios no es garantía de concesión si existen compensaciones de otro tipo que hagan ilusoria la incertidumbre del contrato⁴¹⁷.

La irrelevancia del carácter público del servicio y de la autonomía organizativa del concesionario

Con la aparición del riesgo operacional estos criterios que en su día fueron valorados por la Comunicación del año 2000 son abandonados definitivamente deviniendo irrelevantes a efectos de la calificación del contrato de concesión. De hecho, ahora para la UE la naturaleza de los servicios en principio podría ser la misma tanto en un contrato de servicios como en uno de concesión, únicamente diferenciándose por el modo en que son remunerados (por la transferencia del riesgo)⁴¹⁸.

No obstante nuestra doctrina sí los había tenido en consideración por la especial configuración de nuestra tipología de contratos en el antiguo TRLCSP, el cual

⁴¹⁶ Considerando 18 Directiva 23/2014.

⁴¹⁷ PEZ, T., “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, p. 242, párrafos 24 y 25.

⁴¹⁸ Para la jurisprudencia del TJUE estos aspectos también resultaban irrelevantes. *Vid. supra* pp. 124 y ss.

contemplaba la concesión como una modalidad del contrato de gestión de servicio público por lo que, además de los criterios comunitarios sobre el riesgo de explotación de las concesiones, nuestro legislador añadía las exigencias propias del contrato de gestión de servicio público (la autonomía organizativa necesaria para poder gestionar, y el carácter público del servicio)⁴¹⁹.

Transmisión solo de los riesgos de demanda y oferta

Si algo queda claro con el nuevo concepto de riesgo operacional es que este tipo de riesgo solo se compone de dos riesgos: el de demanda y el de suministro/oferta: “*La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*”⁴²⁰. Son descartables, por tanto, los riesgos de insolvencia o el de responsabilidad por daños que pudieran sufrir terceros que, sin embargo, formaron parte del riesgo de explotación tal y como señaló la Sentencia Privater: “*el riesgo de explotación económica del servicio [...] puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*”⁴²¹. La exclusión actual de dichos riesgos no significa que no puedan darse “además de” los de oferta y/o demanda incrementando la incertidumbre del contrato, pero su existencia no resultará determinante para su configuración como concesión⁴²².

⁴¹⁹ “En un principio se consideraba que la existencia de los contratos de gestión de servicios públicos dependía, casi exclusivamente, de la existencia de un servicio público [...] El criterio de la existencia de un servicio público es el que mantuvo la Junta Consultiva en otros informes posteriores, como por ejemplo los informes 10/07, de 26 de marzo (JUR 2007, 368528), y 26/07, de 5 de julio (JUR 2007, 298754), en los que, además, manifestó que la forma de retribución al contratista no afectaba a la calificación de los contratos de gestión de servicios públicos, y que podía consistir en el abono de la tarifa directamente por los usuarios del servicio, en una contraprestación de la Administración al contratista o en el abono, por parte del contratista, de un canon a la Administración, o en una combinación de estos sistemas. Posteriormente, introduce como criterio distintivo la transmisión del riesgo de explotación”. Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, de 30 de mayo de 2012, Informe 2/2012, de 30 de mayo

⁴²⁰ Art. 5 Directiva 23/2014.

⁴²¹ STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater, asunto C-274/09, ap. 37.

⁴²² Las resoluciones 11/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y 97/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid son

Del mismo modo, el riesgo de disponibilidad quedaría excluido del riesgo operacional por no poder considerarse incluido en la definición aportada por la directiva del “riesgo de oferta” y por no encajar con ninguna de las exigencias establecidas en la directiva para la caracterización de la concesión: que no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones o cubrir costes; que suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado; que se derive de factores que escapen al control de las partes, descartando expresamente los debidos “a una mala gestión”, “los incumplimientos del contrato” o las “situaciones de fuerza mayor”. El riesgo de disponibilidad, como riesgo que depende del cumplimiento de lo pactado en un contrato, no cumple con dichos requerimientos pues en condiciones normales de funcionamiento sí permite recuperar la inversión, además no supone una exposición a las incertidumbres del mercado ya que su materialización se da al margen de la demanda o la frecuentación del servicio, y no es un riesgo que escape al control de las partes sino todo lo contrario, constituye un riesgo interno que depende directamente del concesionario.

Reducción de la cantidad de riesgo que debe transferirse

Las nuevas directivas también matizan cuánto riesgo debe transferirse en la concesión con respecto a la doctrina consolidada por el TJUE que exigía la transmisión de una “parte significativa” del riesgo que exista. La directiva ya no recoge esta expresión sino que ha preferido exigir que la transferencia que se haga implique que la posible pérdida “no sea nominal o desdeñable”. Como ya se ha explicado⁴²³, la doctrina interpreta este cambio como una reducción a la más mínima expresión de la transferencia del riesgo el cual, cumpliendo con dicho requisito, puede llegar a ser realmente escaso.

Por último, tanto nuestra doctrina como la comunitaria parecen haber descartado la posibilidad de considerar un contrato como una concesión cuando se haga depender la

ejemplos de cómo nuestra doctrina ha valorado y sigue valorando hasta hace muy poco el riesgo de impago dentro del análisis general que debe hacerse para el riesgo operacional. Insistimos en la idea de que si bien dicho riesgo puede efectivamente tener lugar e incrementar la incertidumbre del contrato, no es un riesgo que configure el riesgo operacional ni que signifique al contrato de concesión pues en condiciones normales de funcionamiento, los usuarios pagan; por no hablar de que en otros muchos supuestos el pago se hace con anterioridad a la prestación del servicio por lo que no existe dicho riesgo. Así mismo, la directiva admite que la remuneración proceda exclusivamente de la entidad más solvente posible, la Administración. En cualquier caso, la mera existencia del riesgo de insolvencia o impago no implica estar ante una concesión pues la demanda podría estar totalmente cautivada (servicio obligatorio y sin competidores) lo cual supone que, en condiciones normales de funcionamiento, esto es, pagando los usuarios, no exista riesgo alguno.

⁴²³ Vid. *supra*. pp. 145 y ss de este trabajo.

retribución de un elemento distinto a la frecuentación pero igualmente externo y variable como es, por ejemplo, la cantidad de basura recogida. Se trataría de remunerar al concesionario en función de las toneladas recogidas suponiendo ello una indudable incertidumbre para el concesionario pero no considerada encuadrable en el riesgo operacional⁴²⁴.

⁴²⁴ La resolución 515/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales calificó como contrato de servicios uno de recogida de basuras cuya remuneración consistía precisamente en el pago de una cantidad fija por tonelada de basura. Lo mismo hizo el TJUE en casos similares en la sentencia de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, por ejemplo.

CAPÍTULO III

El riesgo operacional en la nueva LCSP

I. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES AL DERECHO ESPAÑOL

1.1. La innecesariedad de modificar la tipología tradicional de contratos

En general, el modo de transposición de las Directivas de 2014 mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público⁴²⁵ por el que optó nuestro legislador ha sido objeto de numerosas críticas⁴²⁶. El rechazo se ha basado, fundamentalmente, en la innecesariedad de modificar nuestra tradicional tipología de contratos en tanto en cuanto las exigencias licitatorias de las directivas comunitarias en materia de publicidad ya estaban sobradamente incorporadas en nuestro texto normativo para todos los contratos, incluidas las concesiones⁴²⁷.

El régimen contenido en el paquete de directivas del 2014 es un régimen considerablemente más estricto para los contratos que para las concesiones, para las que prevé simplemente un mínimo de exigencias: anuncios de concesión (o de información previa para las concesiones de servicios del anexo IV), anuncio de adjudicación, acceso electrónico a los documentos de la concesión, y comunicación a los candidatos y licitadores de las decisiones tomadas en el procedimiento incluyendo la motivación en caso de que se desestime su solicitud u oferta. Más allá de éstas y de los principios generales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, la directiva no somete

⁴²⁵ Para conocer las principales novedades de la nueva norma desde una perspectiva general y crítica *vid.* CANO CAMPOS, T., “La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 48, octubre 2018, pp.12 y ss.

⁴²⁶ Para conocer los pormenores de la transposición en nuestro ordenamiento así como el modo de transposición de la Directiva en el resto de Estados Miembros *vid.* NOGUERA DE LA MUELA, B., “Service concessions in Spain”, en: LAZO VITORIA, X. (Ed.) y PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. (Coord.), *Service concessions in the EU: a comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 191 y ss.

⁴²⁷ “... nuestro legislador apostó, desde un primer momento, por equiparar las concesiones de servicio a los contratos públicos, estableciendo un régimen más garantista de los principios del Tratado que el que introduce, incluso, la propia Directiva de concesiones 2014”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 56.

a las concesiones a exigencias concretas ni en el tipo de procedimiento, ni en los criterios de adjudicación.

Nuestro TRLCSP, sin embargo, ya contenía voluntariamente un régimen para ellas más estricto de lo que las normas obligaban. De hecho, nuestra normativa de contratos no se ha caracterizado nunca precisamente por su laxitud, sino más bien por el mantenimiento de unas elevadas exigencias en materia de publicidad, transparencia y adjudicación de contratos. En otros estados como Alemania, la Directiva sí ha tenido una mayor repercusión como ha demostrado Huergo Lora⁴²⁸, pero en nuestro caso la transposición literal de la Directiva no era necesaria pues ya se superaba con creces la regulación de mínimos introducida para las concesiones por primera vez por las Directivas⁴²⁹, y si lo era en algún aspecto puntual, habría bastado con añadirlo al régimen ya de por sí exigente que teníamos (y tenemos) tal y como ha declarado la doctrina que se expone a continuación.

Obsérvese que, siendo esto así, puede decirse que es más coherente el legislador comunitario que nuestro legislador, al menos el primero diferencia en las Directivas entre dos tipos de contratos (contratos de servicios y concesiones de servicios) para atribuirles regímenes en materia de publicidad y procedimiento de adjudicación considerablemente diferentes. Sin embargo, nuestro legislador reproduce tal diferenciación para aplicarles un régimen prácticamente igual de exigente. ¿Para qué sirve entonces la distinción de estos contratos si, además de no diferenciarse ni por el objeto ni por su régimen contractual⁴³⁰, tampoco parecen diferenciarse desde el punto de vista licitatorio pues se los somete a unas exigencias muy parecidas? Lo demuestra el hecho de que estas previsiones relativas al procedimiento de licitación se contienen en los arts. 131 a 187 de la LCSP bajo la rúbrica “De la adjudicación de los contratos de las Administraciones

⁴²⁸ Sobre esto, *vid.* HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, pp. 36, 37 y 38. También *vid. supra* p. 119 de este trabajo.

⁴²⁹ Señala Laguna de Paz que “*En resumen, la normativa europea amplía el ámbito de contratos armonizados y las garantías comunitarias, pero –desde un punto de vista sustantivo– no representa ninguna novedad para el ordenamiento jurídico español, cuyo contrato de gestión de servicios públicos respondía plenamente a las exigencias que derivan del Tratado*”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 47.

⁴³⁰ Se explicará con detalle en los apartados siguientes cómo a partir de la nueva ley los contratos de servicios y de concesiones podrán consistir objetivamente en lo mismo (solamente diferenciándose por la transferencia o no del riesgo), y además tendrán previsto un régimen contractual muy similar pues el régimen de garantías previsto para los contratos de servicios ‘especiales’ del art. 312 es el mismo que el de las concesiones de servicios.

Públicas” y son de aplicación general para todos los contratos por igual, solamente con algunas pequeñas matizaciones para las concesiones que presten servicios del apartado IV⁴³¹. Esta perspectiva es la que ha adoptado la doctrina mayoritaria que se inclina por señalar la innecesariedad de la que hablamos. Lo explica perfectamente Martínez-Alonso Camps: *“Indudablemente se trataba de una opción legalmente posible, pero desde luego no exigida por las Directivas comunitarias, que obligan solo en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios [...] Y ese resultado era perfectamente alcanzable con una actualización del CGSP [contrato de gestión de servicios públicos], distinguiendo la concesión, caracterizada por la transferencia del riesgo operacional al concesionario, del resto de modalidades de dicho contrato, identificadas por la no asunción de la misma por el contratista, sometiendo a una y otras a la publicidad comunitaria correspondiente y al resto de exigencias de las Directivas”*⁴³².

⁴³¹ En concreto, como diferencias podemos señalar únicamente las relativas a la realización de anuncios de información previa, que son obligatorios para las concesiones de servicios ‘especiales’ y opcionales para el resto (arts. 134, 135.5 y DA 36ª LCSP); y la utilización como norma general de los procedimientos abierto y restringido para todos los contratos, salvo para las concesiones de servicios ‘especiales’ que deberán llevarse a cabo de manera ordinaria mediante el procedimiento restringido (art. 131.2 LCSP). En lo restante, las exigencias licitatorias son las mismas tanto para concesiones como para el resto de contratos.

⁴³² MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017: algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir), *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 80.

Comparten la misma opinión de transposición ‘mínima’ tanto Horcajuelo Rivera⁴³³ como Martínez López Muñoz⁴³⁴, Laguna de Paz⁴³⁵ y Perdigó Solá⁴³⁶. No obstante, aun más estricto es Magide Herrero que no considera adecuada la forma de transposición en absoluto, ni la actualización del contrato de gestión de servicios públicos ni la incorporación a nuestro derecho del concepto de riesgo operacional. Así lo señala al afirmar que *“la labor de transposición era prácticamente innecesaria. ¿Por qué? Porque en nuestro Derecho interno, las concesiones de obras y de servicios (de gestión de servicios públicos) ya se adjudicaban de acuerdo a los estándares de las Directivas aplicables a los contratos inicialmente sujetos a la armonización del Derecho de la Unión: los de obras, servicios y suministros, que son considerablemente más exigentes. De este modo, el Derecho interno ya cumplía sobradamente, al menos con carácter general, los objetivos de la Directiva de Concesiones [...] Nada, absolutamente nada, en la Directiva exigía eliminar la regulación legal que ampara un importantísimo número de contratos adjudicados para la gestión de nuestros servicios públicos”*⁴³⁷.

El mismo autor opina que esa cómoda literalidad en la transposición no es inocua porque *“los inconvenientes de optar por una transposición literalista superan normalmente las ventajas de esa actitud cuando esa transposición no es necesaria, porque contribuye a*

⁴³³ HORCAJUELO RIVERA, V., “El elemento de transmisión de riesgo ...”, *op. cit.*, p. 865.

⁴³⁴ “La verdad es que no son muchos los cambios que habría que introducir. [...] Importa, sin embargo, insistir en que, desde luego, ninguna razón específicamente comunitaria habrá [...] para introducir más cambios en el régimen de contratos de gestión de servicios públicos con cuantía de relevancia comunitaria que los que pudiese requerir la aplicación de la Directiva 23/2014 a aquellos de entre ellos a los que debiera aplicarse [...] porque no estén ya garantizadas las correspondientes exigencias en nuestra legislación vigente. Lejos, desde luego, de cualquier supresión de esa modalidad contractual tradicional en nuestro derecho o de la modificación de cualquier aspecto de su régimen jurídico no contradictorio con lo exigido por la Directiva. [...] No habría necesidad alguna de configurar formalmente unas concesiones de servicios distintas de las concesiones y –más en general– de los contratos de gestión de servicios públicos”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de administración pública*, nº 202, 2017, p. 40.

⁴³⁵ “La transposición de la normativa europea no exigía la supresión del tradicional contrato de gestión de servicios públicos. Hubiera bastado con incluir la regla de que en cada contrato se especificase si suponía o no transferencia del riesgo operacional al contratista. Mejor aún, podría haberse establecido la regla general de que la concesión comporta la transferencia al contratista del riesgo operacional, salvo que justificadas razones de interés general exigieran lo contrario”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 48.

⁴³⁶ PERDIGÓ SOLÁ, J., “Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de concesiones”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 89 y ss.

⁴³⁷ MAGIDE HERRERO, M., “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2017, p. 43 y 44. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5449/documento/art03.pdf> (Consultado el 23 de marzo de 2018)

desquebrajar la dogmática de nuestro Derecho de la contratación. Y esa preocupación no es solo teórica: un presupuesto esencial para una buena práctica es un apartado conceptual bien definido, reglas y conceptos claros definidos por la ley y aquilatados por la jurisprudencia y la doctrina administrativa y académica. Si se introduce un supuestamente nuevo concepto (el riesgo operacional) en lugar del preexistente (el riesgo y ventura en la explotación), un planteamiento casi inevitable (aunque a mi juicio incorrecto) es el de pensar que estamos ante un concepto diferente que debe distinguirse del anterior y respecto del cual no cabe aplicar las conclusiones teóricas y prácticas a que se pueda haber llegado en relación con el concepto arrumbado (al menos terminológicamente)”⁴³⁸.

Con el mismo enfoque defiende Fuertes López la necesaria separación de las funciones del derecho europeo y de los derechos nacionales. Considera que si bien deben integrarse y retroalimentarse para conformar un derecho de contratos públicos sólido, congruente y sin fisuras, tienen que mantener cierta independencia y autonomía evitando la tentación de sus legisladores de ir más lejos de lo necesario en sus funciones: *“el Derecho europeo de los contratos públicos debería quedar reservado a la consecución del mercado interior, a garantizar los principios de igualdad e inexistencia de discriminaciones, y promover la competencia con una mínima publicidad, como se deduce del Tratado [...] Otro hilo distinto es el del derecho interno. Ese debe calificar y clasificar los contratos y su régimen sustantivo. Otra cosa sería tirar por la borda más de un siglo de estudio, de construcción doctrinal y jurisprudencial”⁴³⁹*. Esto es precisamente lo que no ha sucedido con la respuesta de nuestro legislador a las últimas Directivas⁴⁴⁰. Nuestro legislador se ha adaptado a la clasificación contractual que se hace en las mismas (concesión de servicios-contrato de servicios) modificando nuestra tipología de contratos clásica forjada a base de años de tradición y desarrollo doctrinal y jurisprudencial. La duplicidad que supuso

⁴³⁸ *Ídem*

⁴³⁹ FUERTES LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo...”, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁴⁰ Advirtió dicho desvío Fuertes López antes de la aprobación de la Ley de contratos: *“que se califiquen determinadas prestaciones en el Derecho europeo como “servicios” no deben traducirse al Derecho español como contratos de servicios. Es diverso el régimen jurídico y no deberían confundirse pues ello podría conducir a la pérdida de las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos, tan útiles en el actuar de las Administraciones. Así hace el anteproyecto de ley de contratos que circula para incorporar la nueva regulación comunitaria y debería corregirse en tal sentido”*. FUERTES LÓPEZ, M., “Discriminación territorial y una coda”, *El blog de esPublico*, 2015. Disponible en: <http://www.administracionpublica.com/discriminacion-territorial-y-una-coda/> (Consultado el 19 marzo 2018).

hasta hace poco la incorporación de los contratos de colaboración público-privada a nuestro ordenamiento cuando ya se contaba con un sistema de diferentes modalidades de gestión indirecta que cubrían dicho campo, y la actual desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y su sustitución por el concepto comunitario de concesión, no son más que ejemplos de los desatinos a los que puede llevar una excesiva simbiosis de nuestro derecho con el comunitario, reflejo de una especie de complejo jurídico de nuestro legislador que en lugar de mantener las singularidades más características y funcionales de nuestra norma no duda en doblegarse ante el derecho comunitario mimetizándose con él incluso en aquellos aspectos en los que no es obligatorio⁴⁴¹.

Se debe tener precaución de que una excesiva deferencia por los postulados comunitarios no desequilibre la balanza a favor de los intereses europeos de publicidad y libre concurrencia en materia de contratos, en detrimento de las garantías y buen funcionamiento interno de los servicios públicos que por medio de los mismos se prestan a los ciudadanos. En este sentido, y como bien señala Villar Rojas, “*la protección de los principios de la contratación, como proyección de las libertades fundamentales, es imprescindible; pero también lo es la garantía de la continuidad, regularidad igualdad y calidad que caracterizan a los servicios públicos*”⁴⁴².

Con todo, existen también voces que defienden la traslación, sin más, del esquema comunitario (contratos de servicios y de concesión de servicios) a nuestra norma, cambiando la tipología tradicional. Gimeno Feliu es uno de los principales defensores de esta tesis favorable⁴⁴³.

⁴⁴¹ Dice Martínez López Muñiz a este respecto que “*lo que carece de cualquier justificación inteligible es que la inclusión de las comentadas concesiones de servicios en el nuevo paquete de directivas de 2014 sobre contratación pública pueda interpretarse razonablemente como una especie de cambio de paradigma al que las legislaciones nacionales y la doctrina jurídica habrían de rendirse sin remedio, con la consiguiente obligación de modificar radicalmente arraigadas tradiciones conceptuales y regulatorias sobre los contratos de concesión administrativa de servicios y aun todo lo relativo, en el caso español a la figura del contrato de gestión de servicios públicos*”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Sentido y alcance de la transposición...”, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁴² VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 304.

⁴⁴³ GIMENO FELIU, J.M., “La remunicipalización de servicios públicos: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de derecho local*, nº 43, 2017, p. 62.

1.2. El extenso régimen de exclusiones de la Directiva frente a la moderación de nuestra LCSP.

La Directiva de concesiones prevé en sus arts. 10 a 17 un régimen de exclusiones muy extenso en comparación con el de nuestra Ley de contratos. En concreto, la Directiva establece que quedan fuera del ámbito de aplicación (a pesar de superar el umbral económico de 5.186.000 €):

- Las que se adjudiquen sobre la base de un *derecho exclusivo* del que el operador goce con arreglo a una norma nacional acorde al TFUE (pues en ellas no es posible realizar un procedimiento de adjudicación competitivo en la medida en que no hay más que un operador que esté en condiciones de prestarlo).
- Los servicios de *transporte aéreo* y de *viajeros por ferrocarril y carretera*
- Los procedimientos específicos de *organizaciones internacionales* o previstos en *acuerdos internacionales*
- Los ámbitos de *defensa y seguridad*, parcialmente.
- Las *concesiones demaniales* y *contratos de naturaleza patrimonial*
- Servicios de *comunicación audiovisual o radiofónica*, servicios de *arbitraje y conciliación*, servicios *jurídicos o financieros*, servicios de *defensa civil, protección civil y protección de riesgos* que presten organizaciones sin ánimo de lucro (salvo los servicios de transporte de pacientes en ambulancia) y los prestados por los *partidos políticos en campaña electoral*.
- El ámbito de las *comunicaciones electrónicas*
- El *sector del agua*
- Las adjudicadas a *empresas vinculadas*
- Las adjudicadas *entre entidades del sector público* (contrataciones domésticas y cooperación horizontal institucionalizada)
- Las que estén *sometidas directamente a la competencia*.

Atendiendo a lo establecido en uno de sus considerandos, “*los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva*”⁴⁴⁴, por lo que cabría pensar que la exclusión debería alcanzar no solo a los

⁴⁴⁴ Considerando 6.

servicios detallados sino también a todos aquellos servicios así calificados por los Estados Miembros que son los encargados de definir dichos conceptos⁴⁴⁵.

Pues bien, mientras la Directiva mantiene este régimen extenso de exclusiones, nuestro legislador se mantiene más moderado considerando excluidos: aquellos servicios del ámbito de la defensa y seguridad; los convenios y encomiendas de gestión; contratos en el ámbito internacional (acuerdos internacionales, contratos con Estados, procedimientos específicos de organizaciones internacionales); contratos en materia de investigación, desarrollo e innovación; los de dominio público y ámbito patrimonial; los relativos a campañas políticas; los servicios de arbitraje y conciliación; así como las relaciones de la Administración con los funcionarios o usuarios de los servicios que paguen una tasa o precio público.

II. LOS EFECTOS DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA NUEVA LCSP: CONFUSIÓN DE CATEGORÍAS Y CAMBIOS EN LA TIPOLOGÍA DE CONTRATOS

2.1. La desaparición del contrato de gestión de servicio público

Nuestras leyes de contratos anteriores establecían una tipología de contratos que ha cambiado considerablemente con la nueva ley. Mientras en la normativa anterior se preveía el contrato de gestión de servicios públicos bajo cuatro modalidades⁴⁴⁶: concesión, gestión interesada, concierto, y sociedad de economía mixta; la nueva ley de contratos suprime este tipo contractual con sus modalidades, rescatando únicamente la concesional con la creación del nuevo contrato de concesión de servicios. De esta manera, los tipos contractuales actualmente son los siguientes: contrato de obras, contrato de servicios, contrato de suministro, contrato de concesión de obras, contrato de concesión de servicios, y contrato mixto.

Con la supresión del contrato de gestión de servicio público la concesión se ha convertido, por tanto, en el único modo de gestión indirecta reconocido por nuestro legislador, si bien

⁴⁴⁵ Las autoridades nacionales, regionales y locales tienen libertad tanto para definir los servicios económicos de interés general, su ámbito de aplicación y caracteres (de acuerdo con el Derecho de la Unión), como para prestarlos directamente, o encargarlos y financiarlos. Es la consagración del principio de libertad de administración de las autoridades públicas.

⁴⁴⁶ Art. 277 TRLCSP.

nada impide que la Administración siga de facto recurriendo a modalidades tan singulares como el concierto (educativo y sanitario) aunque se haga, a partir de ahora, calificando dichos contratos como de servicios⁴⁴⁷ (y no como el ya extinto contrato de gestión de servicios públicos, ni tampoco como de concesión pues en ellos no hay transferencia del riesgo operacional al contratista)⁴⁴⁸. No obstante lo anterior, Hernández González advierte de la posibilidad de que existan conciertos que se califiquen como concesiones de servicios⁴⁴⁹.

La cuestión es que esta reestructuración de los tipos contractuales ha generado cierta controversia en torno a un modelo que funcionaba y respondía especialmente a las exigencias de una Administración local muy demandante de estas fórmulas indirectas⁴⁵⁰. Las críticas por parte de la doctrina al proyecto de ley no se hicieron esperar, algunas de

⁴⁴⁷ Aunque los conciertos que se tramiten ahora como contratos de servicios lo harán en la modalidad especial que se ha previsto en la Ley para las prestaciones que se hagan directamente a los ciudadanos, los denominados “servicios a las personas” o “dirigidos a la ciudadanía” del art. 312 LCSP, los cuales gozan de un régimen más laxo que el contrato de servicio ordinario con el otorgamiento de una mayor discrecionalidad para la elección de los prestadores de la manera que se considere más apropiada.

⁴⁴⁸ Como afirma Gimeno Feliu, “*Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión)*”. GIMENO FELIU, J.M., “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en: GIMENO FELIU (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 102.

⁴⁴⁹ “*En principio, debido a los sectores en los que opera, debería configurarse como contrato de servicios, [...] Sin embargo, no todos los conciertos tienen la misma problemática; ni siquiera dentro del ámbito sanitario existe uniformidad. Así, por ejemplo, la D.A. 20 del Anteproyecto [actual D.A 19 de la LCSP] califica como “contratos de concesión de servicios” los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General del Poder Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su importe o modalidad. Por lo tanto, no se puede afirmar, a priori, que todos los conciertos sean contratos de servicios (como parece deducirse de la doctrina del TACRC). En su caso, habrá que estar a lo que resulte del análisis económico de cada contrato*”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del...”, *op.cit.*, pp. 56 y 57.

⁴⁵⁰ Martínez-Alonso Camps manifiesta su inquietud al respecto con las siguientes palabras: “*El contrato de gestión de servicios públicos y las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta forman parte de la tradición del derecho administrativo español y del derecho local, en particular. Bajo su amparo se han venido prestando un número elevadísimo de servicios públicos municipales y construido infraestructuras e instalaciones que dan soporte físico a los mismos. Creo sinceramente que esas figuras contractuales y el régimen jurídico que las acoge no sólo mantienen su funcionalidad ya transcurridos 15 años del siglo XXI, sino que su supresión dejaría un espacio normativo vacío. Naturalmente, hay que aplicar las determinaciones de las Directivas Comunitarias 2014/23 y 24/UE, y hacerlo lo antes posible. Pero el cumplimiento de esa incuestionable obligación, junto a la incorporación de la concesión de servicios en los términos estrictos de la directiva que la regula, no pasa necesariamente por eliminar las modalidades contractuales de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, y constreñir su elenco de posibilidades bajo un único y desdibujado contrato que, cual lecho de procusto, estira el de servicios y restringe el de gestión de servicios públicos, desbordando y contrayendo sus respectivos regímenes jurídicos*”. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 40, 2015, pp. 38 y 39.

ellas acompañadas de propuestas interesantes. Hernández González, por ejemplo, sugirió el mantenimiento de dos de las modalidades de prestación indirecta de servicios públicos más importantes (concesión y concierto) y la creación de un nuevo contrato de servicios, dando como resultado los siguientes: un *contrato de servicio público*, para la gestión de servicios públicos en los que no haya transferencia del riesgo al contratista; la *concesión de servicio público*, para la gestión de servicios de tal naturaleza donde efectivamente se cumpla el requisito comunitario de la transmisión del riesgo operacional; y el *concierto con fines sociales* para aquellas prestaciones de servicios como el educativo o sanitario que ya vengán siendo realizadas paralelamente por un empresario de forma privada⁴⁵¹. Por su parte, Martínez-Alonso Camps valoró la posibilidad de crear un contrato de *concesión de servicios* que abarcara la gestión y explotación de servicios, fueran o no públicos, con transferencia del riesgo; mantener el *contrato de gestión de servicios públicos* en sus modalidades de gestión interesada, empresa de economía mixta y concierto, para los servicios públicos sin riesgo transferido; y también el *contrato de servicios* para todos aquellos contratos cuyo objeto sea distinto de una obra, suministro, o gestión de servicio público también sin riesgo⁴⁵².

Al margen de una y otra propuesta, por fortuna, y a pesar de los embates, el contrato de gestión de servicio público desaparece solo formalmente, hallando los cauces para resurgir en la nueva ley bajo la forma de otro tipo de contrato, concretamente, en la del contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos del art. 312 que se dota de la estructura de garantías que se preveía tradicionalmente para el contrato de gestión de servicio público y cuyas características se analizarán con detenimiento en otro epígrafe de este apartado⁴⁵³. Es esta resiliencia o subsistencia del contrato de gestión de servicio público a la que se refiere Villar Rojas la que evidencia que se podrá eliminar un tipo contractual pero no la necesidad que justificó su existencia, la cual inevitablemente tratará de volver a salir a la luz de una manera u otra tal y como quedó reflejado en las modificaciones que sufrió el anteproyecto de ley antes de convertirse en proyecto, con la incorporación, tras las peticiones clamorosas de la doctrina, de ese régimen especial de la modalidad de contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos que permitiera acoger los antiguos

⁴⁵¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵² MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op.cit.*, pp. 26 y ss.

⁴⁵³ *Vid. infra*. pp. 223 y ss de este trabajo

contratos albergados en el contrato de gestión de servicio público⁴⁵⁴. Cabe plantearse, entonces, cuál es el sentido de semejante cambio si, tal y como parece, lo que realmente está teniendo lugar no es una supresión sino una refundación del contrato de gestión de servicio público⁴⁵⁵.

Las mismas dudas ofrece al Consejo de Estado la referida desaparición, el cual, en su informe relativo al anteproyecto, dejó claras las debilidades del nuevo sistema valorando tanto la reinserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos como “*la posibilidad de que el contrato de servicios, cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que formen parte de la tradición del Derecho administrativo español*”⁴⁵⁶. La recuperación de las figuras extinguidas se plantea como una posibilidad no desdeñable, instando, en todo caso, a la “inexcusable” reevaluación del anteproyecto (observación hecha, además, con el carácter de esencial).

2.2. De la concesión de ‘servicios públicos’ a la concesión de ‘servicios’

Como se ha venido señalando, la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos ha sido abiertamente criticada por parte de la doctrina debido a su innecesariedad. No obstante, el reproche no es únicamente a la elaboración de una nueva ley, cuando no era preciso, con la consecuente pérdida de tiempo y esfuerzo que implica adaptarse a ella y conocerla por los practicantes del derecho, sino también a las consecuencias eminentemente prácticas derivadas de tal extinción que ha provocado un cambio en la naturaleza del contrato de concesión. En este sentido, señala Martínez López-Muñiz que “*lo que la Directiva llama concesiones de servicios es –a efectos prácticos– algo de suyo distinto de lo que siempre hemos entendido por concesiones de*

⁴⁵⁴ Sobre esta pervivencia del contrato de gestión de servicios públicos da buena cuenta VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato...”, *op. cit.*, pp. 298 y 303: “*Con todo, desaparecida esa modalidad de contrato administrativo, sin embargo, el proyecto normativo incorpora una serie de medidas y previsiones que sólo son explicables desde la óptica del servicio público y su gestión por contrato[...] Queda, por tanto, de manifiesto que la extinción de ese tipo contractual no es bastante para ocultar la subsistencia de la necesidad que lo justificó en esa misma regulación*”, “*esa subsistencia se reconoce en la aceptación de que, aun tratándose de contratos de servicios en razón del criterio de ‘riesgo asumido’, su régimen jurídico puede y debe completarse con el que, tradicionalmente, ha caracterizado al de gestión de servicios públicos*”.

⁴⁵⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La controvertida supresión del...”, *op. cit.*, p. 56 y ss.

⁴⁵⁶ “*La reinserción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos es una opción que no debe ser desdeñada*”. Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, pp. 79 y 80.

servicio público en su sentido más estricto”⁴⁵⁷. Y es que, a pesar de que la LCSP presenta a la concesión de servicios como sucesor natural del contrato de gestión de servicios públicos⁴⁵⁸, lo cierto es que, en la práctica, nuestra concesión tradicional ya no se corresponde con la nueva concesión. Sin embargo, como ya se ha apuntado en el apartado anterior y como se verá más adelante, tampoco ha desaparecido del todo pues su razón de ser le ha permitido subsistir bajo una forma contractual distinta: la del contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos. Para conocer en qué ha cambiado la concesión de servicios se centrará el análisis en torno a su ámbito objetivo⁴⁵⁹.

2.2.1. El objeto de la concesión en el TRLCSP y en la nueva LCSP.

Tradicionalmente, el contrato de gestión de servicio público se ha diferenciado del contrato de servicios por la naturaleza de la prestación⁴⁶⁰, habiéndose caracterizado siempre los primeros por el carácter ‘público’ de los servicios y por estar dirigidos a los ciudadanos, mientras que los segundos no gozaban de tal naturaleza pública sino que servían para satisfacer las necesidades propias de la Administración en su funcionamiento. La distinción entre ambos era, por tanto, sencilla. O bien nos encontrábamos ante un servicio de carácter público prestado a los ciudadanos que se dejaba en manos de empresas del sector privado para su gestión indirecta en la modalidad que fuera oportuna: concesión, concierto, empresa de economía mixta o gestión interesada; o bien se trataba de un servicio ‘no público’ de los recogidos en el anexo II del TRLCSP prestado a la Administración⁴⁶¹. Todo lo que se encontrara entre medias de

⁴⁵⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Sentido y alcance de la transposición ...”, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁵⁸ Así se desprende de la Disposición Adicional trigésimo cuarta de la LCSP que establece que “*Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*”.

⁴⁵⁹ Sobre la depuración conceptual de los contratos concesionales y el resto de contratos públicos *vid.* BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas ‘paraconcesionales’*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

⁴⁶⁰ *Vid.* PINTOS SANTIAGO, J., “Las diferencias entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios”, en: MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*, Wolters Kluwer, 2018, p. 238.

⁴⁶¹ “*El contrato de servicios, tradicionalmente, se ha configurado como un negocio jurídico en virtud del cual una empresa presta un servicio a la Administración [...]. La cobertura de las necesidad de la organización administrativa no es un fin en sí mismo. Esto explica que los servicios que se prestan a la Administración incidan también en los servicios que reciben los ciudadanos (limpieza y vigilancia privada en los establecimientos públicos, etc). Sin embargo, estos no son los destinatarios directos de una prestación que –como decimos– se dirige a la organización administrativa. En cambio, la concesión de servicios instrumenta prestaciones que la Administración realiza a los ciudadanos individualmente considerados (uti singuli) en régimen de derechos exclusivos (suministros de agua potable, saneamiento y*

ambas figuras que tuviera alguna relación con el “giro o tráfico específico de la Administración” era calificado como contrato administrativo especial⁴⁶².

Así pues, la única concesión posible era la de un servicio de carácter público y por ‘público’ se entendían tanto servicios de la Administración en exclusiva (ej. concesión del servicio de recogida de basuras) como servicios no reservados que se prestaban en convivencia con la iniciativa privada (ej. concesiones de servicios sanitarios).

Con la nueva Ley el cambio es paradigmático pues ya no es el carácter público el elemento decisorio y distintivo sino la transmisión del riesgo operacional. De hecho, se dice que el contrato de servicios y el de concesión de servicios comparten el mismo objeto, de manera que ahora puede prestarse por medio de concesión tanto un servicio público o como uno sin esa naturaleza, siempre que el concesionario asuma dicho riesgo⁴⁶³. No obstante, más adelante matizaremos que no es el riesgo operacional el único criterio definidor de la concesión, a pesar de haber acaparado toda la importancia y atención⁴⁶⁴.

Al margen de la mayor o menor idoneidad de hacer depender la concesión de servicios de un elemento contable totalmente ajeno a las inquietudes e intereses de las instituciones europeas en materia de contratación pública⁴⁶⁵ (publicidad, no discriminación, libre

depuración de aguas residuales, recogida de residuos), o en concurrencia con la iniciativa privada (prestaciones educativas y asistenciales). El concesionario explota un servicio de titularidad o competencia de la Administración, con la finalidad de satisfacer directamente necesidades de los ciudadanos”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, pp. 64 y 65.

⁴⁶² Art. 19.1 b) TRLCSP: “Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.

⁴⁶³ Exposición de motivos de la LCSP 2017: “Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es [...] quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración estaremos ante un contrato de servicios. Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley”.

⁴⁶⁴ Vid. *infra*. pp. 322 y ss de este trabajo.

⁴⁶⁵ Especialmente acertado nos parece el comentario de Laguna de Paz a este respecto: “los criterios contables que se tomen en cuenta para el cómputo del gasto público no tienen por qué trasladarse a la clasificación de los contratos administrativos. En un contexto de preocupación por el equilibrio presupuestario, la normativa europea define la concesión de servicios a partir de una convención contable que consiste en no computar como deuda pública estatal la contratación pública que comporta la traslación del riesgo de explotación al contratista. [...] Ahora bien, es evidente que se puede respetar el criterio contable de qué computa y qué no como endeudamiento público sin tener que modificar las

conurrencia...), este criterio del riesgo operacional, al que Lazo Vitoria se refiere como ‘clave de bóveda’ del nuevo sistema⁴⁶⁶, automáticamente somete al nuevo contrato de concesión a una cierta deformación del concepto tradicional por dos razones: primero porque la concesión ahora se abre también a servicios no públicos antes excluidos de la concesión (si bien, como se matizará a continuación, no se abriría a cualquier tipo de servicio); y segundo, porque aunque los servicios públicos pueden seguir prestándose mediante concesión, con cierta seguridad ya no lo harán más en la práctica pues este tipo contractual ahora exige la transmisión de un riesgo inasumible en la mayoría de servicios de esta naturaleza⁴⁶⁷. Se produce así una desviación entre el objeto de la concesión de servicios desde el punto de vista teórico y el práctico. Es decir, no coincide exactamente lo que el legislador prevé como objeto de la concesión con lo que en realidad se espera que configure el contenido de la mayoría de las concesiones de servicios que tengan lugar a partir de la entrada en vigor de la LCSP.

El art. 284 de la LCSP (también art. 15.1) define como ámbito del contrato de concesión de servicios aquellos de la “*titularidad o competencia*” de la Administración “*siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares*”. En su apartado segundo, añade que “*Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio*”.

El art. 15, por su parte, define el contrato de concesión de servicios del siguiente modo:

*“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores **encomiendan** a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la **gestión de un servicio** cuya prestación sea de su titularidad o competencia,*

modalidades de contratos administrativos”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 47.

⁴⁶⁶ LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista Ceflegal*, nº 154, 2013, p. 140.

⁴⁶⁷ “...la mayor parte de las concesiones de servicio público clásicas pasan a ser contratos de servicios públicos, modulados en su aplicación por las reglas previstas en los art. 29 y 312 de la LCSP/2017, que le dotan de un régimen jurídico específico”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 313.

y cuya contrapartida venga constituida bien por el **derecho a explotar** los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la **transferencia al concesionario del riesgo operacional**, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

De dichos artículos se infieren varias cosas:

1º) que cuando el legislador habla de servicios de su “titularidad o competencia” está abarcando tanto a servicios ‘públicos’ como ‘no públicos’ pues no otra cosa puede entenderse del apartado segundo que establece “*en los casos en que se trate de servicios públicos...*”; es decir, *sensu contrario* puede interpretarse que también hay casos (dentro de esos servicios de titularidad y competencia de la Administración) en los que los servicios no son públicos como, por ejemplo, la prestación del servicio de cafetería en un hospital.

2º) que con las aportaciones de que el contrato consiste en encomendar “la gestión de un servicio” y de que estos deben ser “susceptibles de explotación” se hace referencia a la necesidad de que sean servicios dirigidos a los ciudadanos⁴⁶⁸ y que impliquen la transferencia de la organización de los mismos⁴⁶⁹ (descartando, por tanto, los servicios que simplemente satisfacen necesidades a la Administración, en las que el contratista es un mero proveedor).

3º) que el derecho a explotar debe llevar aparejado necesariamente la asunción del riesgo operacional (ya explicado y al que nos remitimos⁴⁷⁰).

⁴⁶⁸ Entendiendo siempre que son servicios dirigidos a los ciudadanos aquellos en los que estos son consumidores o usuarios directos del servicio, descartando aquellos servicios de los que los ciudadanos se benefician indirectamente pero cuyo destinatario principal es la Administración (ej. Servicio de limpieza edificio público).

⁴⁶⁹ “La transferencia de la organización del servicio supone que la Administración encomienda a un tercero su gestión mediante un contrato. El que lo gestiona, por tanto, es el contratista. Éste es algo más que un mero proveedor de servicios a la Administración. En estos casos debe establecerse necesariamente una relación directa entre el contratista y el usuario”. MANENT ALONSO, L., “Artículo 15. Contrato de concesión de servicios”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Civitas, 2018, p. 168.

⁴⁷⁰ Vid. *supra*. pp. 138-170 de este trabajo.

Así las cosas, puede afirmarse, en contra de lo que se ha venido sosteniendo no solo por la doctrina sino por nuestro propio legislador, que son tres y no uno los criterios que definen la nueva concesión de servicios⁴⁷¹: a) la titularidad o competencia de la Administración de los servicios; b) la gestión del servicio por el concesionario; c) la asunción del riesgo operacional.

Por ello decimos que si bien es cierto que ahora los servicios públicos se desdobl原因an y pueden prestarse tanto a través de una concesión como mediante un contrato de servicios – y en ese sentido puede decirse que ambos contratos comparten objeto –, ello no puede llevarnos a la errónea conclusión de que, entonces, también puede ser objeto de la nueva concesión “cualquier” servicio no público de los que antes se tramitaban como un contrato de servicios al que se le transfiera riesgo operacional. No puede ser porque, además del riesgo operacional, es necesario cumplir con los otros dos requisitos mencionados: que el servicio sea de la titularidad o competencia de la Administración, y que consista en la gestión del mismo⁴⁷², y no todos los servicios son susceptibles de explotación o pueden considerarse competencia o titularidad de la Administración. Para un mayor desarrollo de esta cuestión nos remitimos a lo establecido en el último capítulo de este trabajo⁴⁷³.

En cualquier caso, dado que la propia ley admite ahora la concesión de servicios públicos y no públicos, la cuestión estriba entonces en determinar qué debe entenderse, o al menos, qué entiende el legislador en este contexto por servicio público. Asunto nada sencillo si se tienen en cuenta los ríos de tinta que han corrido en nuestra doctrina acerca de esta cuestión⁴⁷⁴ y que la convierten todavía en una noción indefinida y ambigua tal y como

⁴⁷¹ Nuestra propia Ley reconoce (erróneamente, en nuestra opinión) el riesgo operacional como único criterio a tener en cuenta. Exposición de motivos de la LCSP 2017: “*Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es [...] quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración estaremos ante un contrato de servicios. Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley*”.

⁴⁷² Lazo Vitoria señala estos tres requisitos: dos relativos al objeto del servicio: que sea susceptible de explotación, y que sea un servicio de la titularidad o competencia de la Administración; y un requisito económico o retributivo: que se transfiera efectivamente el riesgo operacional. LAZO VITORIA, X., “El contrato de concesión de servicios”, en: GAMERO CASADO, E. y GALLEG0 C0RC0LES, I. (*Dirs.*), *Tratado de Contratos del Sector P0blico*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2588- 2591.

⁴⁷³ *Vid. infra*. pp. 322 y ss de este trabajo.

⁴⁷⁴ Entre otras muchas, *vid.* MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre el servicio p0blico: planteamientos ideol0gicos y funcionalidad t0cnica”, *Revista de Administraci3n P0blica*, n0 100-102, 1983, pp. 2471-2542; GARRIDO FALLA, F., “La crisis de la noci3n de servicio p0blico”, en su libro: *Las transformaciones del*

indican autores como Tornos Mas quien afirma que se trata de un concepto “*siempre en crisis y necesitado de renovación en los últimos años por las aportaciones del derecho comunitario*”⁴⁷⁵ o Sánchez Morón que considera que “*se utiliza con significados diferentes por la propia legislación y por la jurisprudencia, mientras que en la propia doctrina pueden encontrarse posiciones encontradas y numerosos matices al respecto*”⁴⁷⁶.

El mismo apartado segundo del artículo 284 mencionado nos da algunas pistas de lo que el legislador considera servicio público: una actividad “expresamente” asumida por la Administración “como propia”. La exigencia de que la asunción sea ‘expresa’ implica que se recoja en alguna norma. Pero por ‘propia’ pueden entenderse varias actividades o servicios: únicamente aquellos que están atribuidos a la Administración en exclusiva (reservados) o también los que se prestan paralelamente a la iniciativa privada (no reservados sino en régimen de libre concurrencia).

Para tratar de aclarar estas dudas, resulta conveniente fijarse en el antiguo TRLCSP que utilizaba la misma expresión de ‘actividad propia’ para referirse a los servicios ‘públicos’ objeto del contrato de gestión de servicios⁴⁷⁷ y lo que observamos es que, en la práctica administrativa de entonces, configuraban el objeto de esos contratos tanto servicios en

régimen administrativo, Madrid, 1962; “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 29, 1981, pp. 234 y ss; “El concepto de servicio público en Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994, pp. 7 y ss; GIMENO FELIU, J.M., “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994, pp.149 y ss; ARIÑO ORTIZ, G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en: ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J.M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25 y ss; MEILÁN GIL, J.L., “El servicio público como categoría”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 2, 1997, pp. 75 y ss; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, , nº 18, 2003, pp. 7 y ss.

Disponible en: http://www.lexnova.es/Pub_In/indices_In/rja_articulo_doctrinal.pdf (acceso el 10 de enero de 2019).

⁴⁷⁵ Para un mayor ahondamiento en la cuestión sin adentrarse en excesivas disquisiciones resulta de especial interés el trabajo de Tornos Mas en el que se resumen brillantemente tanto la evolución del concepto de servicio público como su integración con los nuevos términos del derecho europeo (SIEGs, SIGs y SIGNEs): TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, p. 194.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2013, p. 770.

⁴⁷⁷ En concreto, el art. 8.1 TRLCSP establecía lo siguiente: “*El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante*”.

exclusiva (ej. las concesiones de recogida de basuras) como servicios prestados en régimen de libre concurrencia (ej. concesiones sanitarias o deportivas). De hecho, como bien señala Laguna de Paz una de las modalidades del antiguo contrato de gestión de servicio público era por excelencia el concierto, figura caracterizada precisamente por encomendar una actividad a empresas que vinieran prestando servicios ‘análogos’⁴⁷⁸. Así pues, siguiendo el concepto de servicio público del TRLCSP, en nuestra opinión, lo lógico sería entender que son públicos (para el legislador) todos los servicios prestados de una u otra forma por la Administración, es decir, tanto la gestión de servicios reservados como los no reservados⁴⁷⁹, y así se refiere a ellos cuando habla de “titularidad” o “competencia”, respectivamente.

Entre las muchas interpretaciones de la doctrina al respecto, conviene traer a colación en este punto la de Tomás Ramón Fernández quien afirma que el problema de los servicios públicos siempre ha sido el de mantener una continuidad y un determinado nivel de calidad determinado para una serie de necesidades imprescindibles para la vida y que la forma para lograrlo depende de tres condicionantes: ideológicos, económicos y tecnológicos. Cuando estas tres fuerzas convergen se produce la *publicatio* en sentido estricto (monopolio de la Administración); cuando, por el contrario, no son coincidentes, se contrarrestan y los gobernantes buscan otras soluciones al margen de la *publicatio* (es decir, apertura a la competencia)⁴⁸⁰. Lo que se produce actualmente es un cambio en el sistema, se pasa “de la antigua *publicatio*, que excluía la concurrencia, a la actual regulación, que admite ésta conservando, empero, las obligaciones de servicio público que garantizan la efectividad, continuidad y calidad de las prestaciones”⁴⁸¹. Muñoz

⁴⁷⁸ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 58.

⁴⁷⁹ “... la legislación de régimen local acoge un concepto amplio de servicio público, equivalente a ‘servicios de competencia municipal’, que podrán gestionarse mediante concesión siempre que no impliquen ejercicio de autoridad. Esto ha llegado a que, en la práctica se califique como concesión de servicios públicos la contratación de actividades tan variadas como: la construcción y explotación de una piscina municipal o de un parking público; la gestión de escuelas infantiles, centros de mayores, atención a discapacitados, protección de animales o atención a mujeres víctimas de violencia de género; y la prestación de servicios de ayudas a domicilio, de medicina deportiva o del servicio de grúas, entre otros servicios municipales. De esta forma, la concesión de servicio público va a quedar vinculada con la titularidad pública de la actividad (esto es lo que se va a entender como ‘publicatio’). Así entendida, la técnica concesional no requiere ni una situación de monopolio, ni la exclusión de la iniciativa privada”.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 481.

⁴⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 150, 1999, p. 61.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 71.

Machado describe esa ambivalencia del concepto de servicio público en el derecho especial y la imposibilidad de reducirlo al criterio de la ‘*publicatio*’⁴⁸² que autores como Villar Palasí tanto defendieron⁴⁸³.

Esto choca con el concepto más estricto y tradicional de servicio público que sostiene nuestra doctrina mayoritaria según la cual se entiende que la expresión de *asumir una actividad como propia* a la que se refieren los textos legales es “*un acto de asunción que suele ser conocido con el nombre de publicatio*” y que excluye la iniciativa privada⁴⁸⁴. Sea como fuere, no corresponde ahora adentrarse en tan ambiguo asunto sobre el que, como decimos, tanto se ha escrito, sino centrarnos en averiguar el sentido concreto que el legislador en esta ocasión ha querido otorgar al concepto de servicio público. Laguna de Paz, en el mismo intento por dilucidar qué ha de entenderse por servicio público en la nueva ley, se adhiere a la postura mayoritaria y entiende que los servicios ‘**públicos**’ se limitan a los que son “**titularidad**” de la Administración (reservados) e identifica los servicios ‘**no públicos**’ con todas aquellas actividades que simplemente son de la “**competencia**” de la Administración (sin estar reservadas)⁴⁸⁵. Algo parecido es lo que

⁴⁸² “...la Constitución lo único que afirma es que se pueden reservar al sector público ‘recursos o servicios esenciales’. Ni una palabra más sobre su régimen, ni sobre que sean servicios reservados en exclusiva a la Administración Pública, ni sobre las formas de colaboración de los privados en su gestión. [...] Hay servicios públicos en nuestra legislación que no atraen toda la actividad a la que se refieren hacia el sector público (ejemplo: la sanidad, la educación, o el sistema eléctrico). [...] En definitiva, el artículo 128.2 permite al Estado la reserva en exclusiva de recursos o servicios esenciales, pero ni impide la colaboración de los privados en la gestión de dichos servicios, ni obliga tampoco a que las reservas indicadas se hagan siempre en exclusiva”. MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, tomo I, Civitas, Madrid, 1998, pp. 15 y 16. “Existen algunos servicios de carácter económico como la energía, las comunicaciones y transportes, o servicios públicos de carácter social como la educación, la sanidad o la seguridad social, que se prestan en razón a la demanda y que pueden justificar una financiación pública, total o parcial. Esta clase de servicios se pueden ordenar sobre la base de la titularidad y la prestación privada, por lo que están abiertos a la propiedad privada y a la libre empresa”. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, tomo XIV, ProQuest Ebook Central (acceso electrónico), p. 17.

⁴⁸³ VILLAR PALASÍ, L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública* (RAP), nº3, 1950, pp. 64 y 65.

⁴⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de derecho administrativo I*, Iustel, Madrid, 2009, p.304. Se refiere también a esta noción más estricta del servicio público Fernández Farreres señalando a “*aquellas actividades serviciales que se sujetan a un régimen de monopolio en cuanto a su titularidad, lo que supone que las mismas queden al margen de la libre iniciativa privada aun cuando su ejecución (o gestión) pueda llevarse a cabo por empresas privadas. [...] El servicio público, en efecto, ha quedado referido mayoritariamente (al menos en la doctrina española) al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado con el fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo, por tanto, nota distintiva la publicatio, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa*”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de derecho administrativo II*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 81 y 82.

⁴⁸⁵ Ésta es la postura por la que se inclina el autor aunque con ciertas dudas. *Vid.* LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 58

sostiene Tornos Mas que considera que lo que constituye el objeto de la nueva concesión de servicios es “*la prestación de un servicio por cuenta de la administración, servicio que puede ser de su titularidad, lo que remite al concepto de servicio público, o de su competencia, lo que remite a una actividad propia de la administración pero no reservada a la misma*”⁴⁸⁶. Lo que sucede es que, de ser así, no habría ninguna diferencia entre la concesión actual de servicios y la anterior, pues ya entonces se prestaban servicios no reservados a la Administración a través de la modalidad concesional de un contrato que precisamente se denomina “contrato de gestión de servicios públicos”, ¿por qué íbamos a considerarlos ahora servicios ‘no públicos’?

Si nuestro legislador permite la posibilidad de prestar servicios “no públicos” a través de la nueva concesión (y así lo enfatiza en la exposición de motivos) y elimina el término ‘públicos’ del contrato de concesión, tiene que ser porque se incorpora a su objeto una categoría de servicios que antes estaban excluidos. Esto solo puede significar, a nuestro juicio, que se mantendrán como objeto de la nueva concesión los que ya eran considerados servicios públicos en el TRLCSP –que siguiendo a Muñoz Machado, podrán estar reservados (titularidad) o no reservados (competencia)– y se añadirán servicios no públicos que, unas líneas más adelante, se analizará en qué consisten. Pero no tiene sentido identificar los servicios públicos solamente con los que son titularidad en exclusiva de la Administración y considerar que la novedad introducida está en los servicios que presta la Administración paralelamente a la iniciativa privada, porque estos no tienen nada de novedoso en el sistema concesional.

No puede ser porque ni el legislador ni la jurisprudencia, ni como hemos visto parte de la

⁴⁸⁶ TORNOS MAS, J., “El contrato de concesión de servicios”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 1455. Este autor, así como también Laguna de Paz, lo que hacen es considerar como no públicos los ‘servicios de la competencia de la Administración’ que se prestan paralelamente al sector privado. Con dicha interpretación están englobando en un mismo concepto y negando naturaleza pública tanto a servicios como la sanidad o la educación, como al servicio de cafetería en una institución administrativa. Es en ese carácter no público indiscriminado en lo que discrepamos pues, en nuestra opinión, existe una gran diferencia entre servicios como la sanidad y la educación y los de cafetería en edificios públicos, según la cual solo cabría considerar como no públicos los últimos. También *vid.* pp. 1457 y 1463 de la cita anterior en la que se afirma que “el contrato de gestión de servicios públicos se caracterizaba porque su objeto era la transferencia al contratista de la posibilidad de llevar a cabo una actividad económica reservada a la administración o de su titularidad, a la que solo se podía acceder mediante título habilitante específico”, era “la forma de gestionar indirectamente servicios de titularidad pública, *servicios excluidos del mercado*”. Pero la realidad es que muchos de esos servicios que se prestaban mediante contrato de gestión de servicios públicos no estaban excluidos del mercado (por ejemplo, el servicio sanitario).

doctrina, respaldan un concepto restrictivo de servicio público: i) el art. 85.1 de la LRBRL establece que “*son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*” sin que se haga ninguna referencia a la exclusividad o reserva de la titularidad de la Administración⁴⁸⁷, ii) la propia práctica administrativa gestionaba anteriormente mediante contrato de gestión de servicios públicos en modalidad de concesión no solo servicios reservados sino también algunos abiertos a la competencia⁴⁸⁸, y iii) numerosas sentencias han calificado como auténticos servicios ‘públicos’ también servicios locales prestados por la Administración en régimen de libre competencia.

Así por ejemplo, la STS de 6 de mayo de 1999⁴⁸⁹ afirmaba que “*frente a la única sentencia que cita el motivo, alusiva al concepto estricto de servicio público [...], es abundante la jurisprudencia que califica específicamente como servicio público municipal la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público...*”.

No obstante, debe matizarse que la STS 1199/2016, de 26 de mayo⁴⁹⁰ pone en duda el carácter público del servicio de aparcamiento subterráneo. En la sentencia, si bien se considera que tal actividad de explotación de aparcamientos “*puede colaborar a descongestionar el tráfico de vehículos en la vía pública y puede ser una actividad cuya promoción por el Ayuntamiento sea recomendable o incluso necesaria*”, no constituye

⁴⁸⁷ Dice la STS de 6 de mayo de 1999 (ROJ: STS 3103/1999) que “*el concepto restrictivo sobre servicio público [...] no se compadece con el concepto legal del art. 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*”. Opina lo mismo, Hernández González: “... la legislación de régimen local acoge un concepto amplio de servicio público, equivalente a ‘servicios de competencia municipal’, que podrán gestionarse mediante concesión siempre que no impliquen ejercicio de autoridad.[...] De esta forma, la concesión de servicio público va a quedar vinculada con la titularidad pública de la actividad (esto es lo que se va a entender como ‘publicatio’). Así entendida, la técnica concesional no requiere ni una situación de monopolio, ni la exclusión de la iniciativa privada”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La delimitación de los contratos ...”, *op. cit.*, p. 481.

⁴⁸⁸ Como señala Hernández González, nuestro legislador ha manejado siempre un concepto amplio de servicio público que ha llevado a que “*en la práctica se califique como concesión de servicios públicos la contratación de actividades tan variadas como: la construcción y explotación de una piscina municipal o de un parking público; la gestión de escuelas infantiles, centros de mayores, atención a discapacitados, protección de animales o atención a mujeres víctimas de violencia de género; y la prestación de servicios de ayudas a domicilio, de medicina deportiva o del servicio de grúas, entre otros servicios municipales*”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La delimitación de los contratos ...”, *op. cit.*, p. 481.

⁴⁸⁹ Y no solamente el Tribunal Supremo, dictámenes del Consejo de Estado también califican como concesión de servicios públicos la explotación de un campamento de turismo y piscina municipal (Dictamen 1475/2002, de 18 de julio) así como la explotación de un parking municipal (Dictamen 1496/2009, de 8 de octubre).

⁴⁹⁰ STS 1199/2016, de 26 de mayo (ROJ: STS 2382/2016)

“por si misma una actividad integrada en el concepto de “ordenación de tráfico de vehículos y personas en la vía urbana” del art. 25.2. b) LBRL ya que “no puede entenderse que [dicho artículo] se extienda a otros servicios que, desarrollándose fuera de la vía urbana, puedan estar más o menos relacionados”. Pero la cuestión es que, tal y como reclama la recurrente, la nueva redacción del artículo 25.2 de la LRBRL, aprobada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, confirma que la gestión de aparcamientos en superficie y subterráneo están incluidas entre las competencias municipales puesto que el nuevo apartado g) del art. 25.2 LBRL ahora se refiere genéricamente al “tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad” sustituyendo el apartado b) que se refería solamente a la “ordenación de tráfico de vehículos y personas en la vía urbana”⁴⁹¹. Por otro lado, la propia sentencia deja la puerta abierta cuando establece que “debe confirmarse la sentencia impugnada en este punto [...] sin perjuicio de que la actividad de explotación de los aparcamientos públicos pueda tener la consideración de servicio público municipal encuadrada entre las comprendidas en el art. 25.1 LBRL pero no en el apartado 2 b)”.

En cualquier caso, dicha sentencia no invalida nuestra postura pues, además de reconocer la posibilidad de considerar la explotación de aparcamientos subterráneos un servicio público municipal, otras sentencias siguen considerando públicos servicios prestados en régimen de libre concurrencia. Así, por ejemplo, las Sentencias del TS de 20 de junio de 2006⁴⁹² y de 29 de junio de 2009⁴⁹³, consideran ‘públicos’ diversos servicios deportivos prestados por la Administración local y por ello entienden justificadas las quiebras al derecho de la competencia que suponen los peajes en sombra que permiten ofertar dichos servicios a un precio inferior (precio público) de los que la competencia evidentemente puede permitirse. Y es que, efectivamente, uno de los límites del libre mercado es el servicio público (o más exactamente, el servicio de interés económico general, los llamados SIEGs en la terminología comunitaria, cuyo contenido no coincide exactamente

⁴⁹¹ Cfr. ORTEGA BERNARDO, J., “Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal”, *Anuario de Derecho Municipal* 2016, nº 10, Marcial Pons, 2017, pp. 374 y 375.

⁴⁹² STS de 20 de junio de 2006 (ROJ: STS 3955/2006).

⁴⁹³ STS de 29 de junio de 2009 (ROJ: STS 4332/2009)

con el de servicio público⁴⁹⁴).

Ahora bien, si según nuestra postura son servicios públicos tanto las actividades de las que es titular la Administración en exclusiva como las que simplemente forman parte de sus competencias pero no están reservadas, ¿a qué tipo de servicios ‘no públicos’ se refiere entonces la LCSP cuando habla de la concesión? He aquí la novedad: se refiere a una serie de servicios que ni son titularidad de la Administración, ni forman parte de sus competencias en sentido estricto pero que inciden directamente en otro servicio que sí es titularidad o competencia de la misma. Son actividades que tienen lugar en el marco de otro contrato que sí es público. Dado que tienen esa incidencia y persiguen mejorar un segundo servicio de titularidad o de competencia de la Administración, puede decirse que son de su competencia pero en un sentido amplio, es decir, son de su competencia indirectamente⁴⁹⁵. Hablamos de servicios en principio puramente comerciales pero que tienen lugar en el contexto de un servicio público sobre el que tienen una incidencia directa.

Este tipo de servicios eran anteriormente considerados contratos administrativos especiales. La doctrina recurría a esta calificación cuando se encontraba en la práctica con figuras que, por no considerarse auténticos servicios públicos, no eran encuadrables en el contrato de gestión de servicios públicos y que, por no encontrarse incluidos en el anexo II del TRLCSP, tampoco podían considerarse contratos de servicios, además de por el hecho de que en muchos de esos casos el contratista recibía la remuneración de los ciudadanos por lo que resultaban “gratuitos” para la Administración y no cumplían, por tanto, con el requisito de la onerosidad que la doctrina entiende debe darse siempre en el contrato de servicios⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Sobre la incidencia del concepto europeo de SIEG en el de servicio público *vid.* CARLÓN RUIZ, M., “La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el Derecho europeo en el contexto de la transposición de las Directivas sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016.

⁴⁹⁵ Tornos Mas maneja este concepto amplio de servicio de la ‘competencia’ de la Administración cuando se refiere, como ejemplo, al servicio de cafetería de una institución administrativa. TORNOS MAS, J., “El contrato de concesión...”, *op. cit.*, p. 1455.

⁴⁹⁶ “conforme al TRLCSP debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en su Anexo II”. Resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; y en el mismo sentido, Resoluciones 230/2011, de 7 de septiembre y 336/2016 de 29 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Así pues, los tribunales contractuales calificaban entonces como contratos administrativos especiales aquellos servicios ‘no públicos’ que se prestaban en el marco de un servicio ‘público’ y los califican ahora, desde la entrada en juego del efecto directo de las directivas debido al retraso en la promulgación de la LCSP, como concesiones de servicios. Veamos algunos ejemplos en las resoluciones más recientes de nuestros tribunales administrativos y principales órganos consultivos.

La resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid recalificó como contrato de concesión de servicios un *contrato para el uso de espacios sanitarios de una instalación deportiva municipal* que había sido considerado en el pliego un contrato administrativo especial según el TRLCSP. Con la nueva LCSP la prestación de este tipo de servicios ya no se debate entre el contrato de servicios (anexo II) y el administrativo especial, sino que encaja perfectamente en la nueva figura de la concesión de servicios antes no prevista en el TRLCSP razón por la que no quedaba entonces otra opción que su reconducción al contrato especial. Con respecto a esto último, indica el Tribunal: “*esta salvedad temporal ha decaído, [...] en el momento en que la doctrina jurisprudencial de las concesiones de servicios se ha positivado en la Directiva 2014/23/UE y el efecto directo hace aplicable la misma en el ordenamiento interno español desde el 18 de abril de 2016. La consecuencia es, que asumiendo el contratista el riesgo del contrato, la calificación adecuada será la de contrato de concesión de servicios*”.

Por su parte, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en su resolución 102/2017, de 20 de septiembre, hizo lo propio con un *contrato de servicio de cafetería y explotación de máquinas expendedoras de un hospital* recalificándolo como contrato de concesión. Sí se reconoce que, en concreto, la naturaleza del contrato de servicio de cafetería fue ampliamente debatida por estar contenido este tipo de servicio entre las categorías que antes recogía el anexo II del TRLCSP⁴⁹⁷. Dicha inclusión hacía que parte de la doctrina se decantara por considerarlo un contrato de servicios, mientras otros (la mayoría) seguían considerándolo un contrato administrativo especial porque no reunía, además, el requisito de “remuneración fija o rentabilidad mínima” garantizada por

⁴⁹⁷ Concretamente, la categoría 17 del anexo II del TRLCSP recogía los “servicios de hostelería y restaurante”.

la Administración⁴⁹⁸. En cualquier caso, al igual que en la resolución anterior, la concesión de servicios no era entonces una realidad como sí lo es ahora, razón por la que el Tribunal termina actualizando el contrato a los nuevos tiempos por efecto directo de las directivas con la calificación del contrato como de concesión de servicios. Encontramos la misma argumentación para el caso de la *explotación del servicio de cafetería de un auditorio municipal* (Resolución 153/2017, de 17 de mayo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

Otro de los ejemplos es el del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuya Resolución 411/2017, de 5 de mayo también considera un contrato de concesión de servicios la prestación de *servicios de restauración en la zona comercial del aeropuerto del Prat de Barcelona* en virtud de la Directiva 23/2014 de concesiones. En concreto, dice así: “*Ese concepto amplio del ‘contrato de concesión de servicios’ de la Directiva 2014/23/UE puede amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios (por no existir un pago de la Administración al contratista, quien se remunera directamente de los usuarios), ni en el contrato de gestión de servicios públicos (por tratarse de contratos que la Administración tiene interés en licitar pero que, en puridad, no tienen por objeto ‘servicios públicos’ que sean de obligada prestación a favor de los ciudadanos). La nueva Directiva opta por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, sino a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios*”⁴⁹⁹.

Por último, destacamos la resolución 117/2017, de 21 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón relativo a un *contrato de servicio de alquiler de bicicletas y de explotación de marquesinas y soportes publicitarios de interés general* afirmando que, en todo caso, la prestación “*encaja, desde la perspectiva europea, bien en el objeto de un contrato de servicios, o bien, dependiendo de su sistema de retribución (con transferencia de riesgo operacional) en una concesión de servicios*”.

⁴⁹⁸ “circunstancia ésta (la onerosidad) que, en principio, no concurre en el contrato de restauración que, como se advirtió en las citadas resoluciones, ‘no constituye una relación jurídica de carácter oneroso para la Administración, al no implicar pago o contraprestación económica alguna con cargo a sus presupuestos sino, antes bien, el pago de dichos servicios por sus usuarios’”. Resolución 411/2017, de 5 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con cita en las resoluciones 230/2011, de 7 de septiembre y 336/2016 de 29 de abril del mismo Tribunal.

⁴⁹⁹ Resolución 411/2017, de 5 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Termina finalmente decantándose por la última de las categorías “*pues solo en las concesiones se admite la posibilidad de reequilibrio financiero*” que es precisamente lo que se prevé en los pliegos del contrato en cuestión.

Este último contrato es especialmente interesante pues aúna en un mismo contrato dos objetos diferentes de los que mencionábamos, un servicio público y otro no público: por un lado el servicio de transporte por bicicleta en régimen de alquiler que fácilmente puede entenderse como el ejercicio de una de las competencias de la Administración municipal como es el tráfico o la movilidad urbana (art. 25.2 g) LRBRL) e incluso el medioambiente urbano (art. 25.2 b) LRBRL) y cuya gestión decide dejarse en manos de un tercero con transferencia del riesgo; y por otro, la explotación de marquesinas y otros soportes publicitarios que configura otro de los posibles objetos de la concesión de servicios actual, en concreto un servicio ‘no público’ ya que la explotación de marquesinas si bien no puede considerarse un servicio puramente público, tiene una naturaleza especial que antes lo hacía ser calificado como contrato administrativo especial y que ahora lo convierte en una concesión de servicios por influir y contribuir a la mejor prestación del servicio de transporte colectivo urbano que constituiría el ejercicio de una competencia de la Administración local, incidiendo de manera directa en ese servicio al mejorar la comodidad de los usuarios que pueden esperar sentados y resguardados siendo la publicidad simplemente el medio de financiación al igual que lo es para la máquina expendedora el dinero que se cobra.

En nuestra opinión, es en este tipo de servicios (y no los que constituyen las competencias de la Administración y se prestan en régimen de concurrencia) en los que está pensando el legislador cuando amplía el contrato de concesión también a los servicios ‘no públicos’. Servicios que, en definitiva, en tanto mejoran e inciden en un contrato que sí es considerado público pueden considerarse también de su competencia, al menos, indirectamente.

Se podría pensar que este debate sobre el servicio público carece de importancia pues el elemento clave de la concesión es ahora la transferencia del riesgo operacional y no la naturaleza del servicio. Sin embargo, esta argumentación no tiene en cuenta que, el análisis de la naturaleza pública o no del servicio que por concesión se presta importa a efectos prácticos porque la normativa exige distinguir entre uno y otro tipo de servicio para aplicar el régimen especial que el contrato de concesión prevé para los públicos.

Paradójicamente, la apertura de la concesión a todo tipo de servicios no parece que vaya a traer consigo su correlativo crecimiento en la práctica sino más bien una importante pérdida de capacidad de la figura concesional que ahora pierde fuerza⁵⁰⁰. Y es que, en contra de lo que en una primera impresión pudiera parecer (pues la ampliación legislativa del objeto de la concesión podría hacer pensar lo contrario), en lugar de servir para acoger más tipos de servicios, se ha convertido en una figura arriesgada que podría poner en peligro la prestación de los mismos. Todavía es pronto para comprobar si en la práctica se van a formalizar menos concesiones de servicios que antes o no, pero algunos autores sí se atreven a aventurar que se reducirá su contenido tanto cuantitativa como cualitativamente (menos concesiones y de servicios de menor importancia o menos esenciales)⁵⁰¹.

Según el cambio actual, la realidad es que no parece lo más propicio licitar por medio de una concesión determinados servicios dirigidos a los ciudadanos que, en su mayoría, suelen caracterizarse por una acusada esencialidad teniendo en cuenta que ahora la concesión implica irremediablemente la posibilidad de incurrir en pérdidas y, por tanto, la posibilidad de quiebra de la concesionaria derivada de la asunción del riesgo operacional. No puede dejarse al albur de las circunstancias y evolución económica la continuidad de la prestación de ciertos servicios cuya dejación en la prestación de un día para otro conllevaría daños irreparables. Por ello, parece lógico prever que la mayoría se

⁵⁰⁰ Algunos autores como Hernández González le auguran un futuro amargo: “*Las concesiones de servicios públicos están sufriendo la mayor crisis de su historia, hasta el punto de poder afirmarse que están heridas de muerte*”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, op. cit., p. 312. Considera que es una crisis “*más profunda, si cabe, de la que supuso la liberalización de los grandes servicios públicos económicos*”. Del mismo autor: “*La delimitación de los contratos ...*”, op. cit., p. 515.

⁵⁰¹ Dice Hernández González que “*Esta transformación va a afectar a la mayor parte de los servicios públicos y, en especial, a los servicios sociales (sanidad, educación, cultura) que, por lo general, resultan incompatibles con el riesgo de demanda. [...] En esta tesitura, no es difícil aventurar que, a menos que se haga una lectura diferente del riesgo operacional, serán muy pocos los servicios públicos que seguirán prestándose mediante concesión; en ningún caso lo serán los servicios obligatorios o mínimos, cuya prestación la Administración tiene la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos [...] aunque su objeto ya no queda circunscrito al ámbito de los servicios públicos, habrá menos concesiones de servicios y a un coste mucho mayor*”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, op. cit., pp. 313 y 314. Así mismo, Valcárcel Fernández ya señalaba las “*relevantes consecuencias prácticas*” (aunque sin especificar exactamente cuáles) que podría tener la novedad del riesgo operacional, en concreto, la exclusión del riesgo de disponibilidad del concepto de riesgo operacional, “*pues en los últimos años y al hilo de la crisis económica, la adjudicación de contratos que se consideraban de concesión de servicios se basaba precisamente en la transferencia al concesionario única o mayoritariamente del riesgo de disponibilidad [...] al resultar una solución especialmente atractiva para ambas partes*”. Esta solución no es viable con el nuevo régimen previsto para las concesiones, por lo que no es descabellado pensar que todas esas concesiones se convertirán ahora en contratos de servicios al ser incapaces de soportar las exigencias del riesgo operacional y que, por ende, las concesiones, en general, disminuirán. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “*La delimitación de los tipos...*”, op. cit., pp. 445 y 446.

reconducirán al contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos del art. 312, sin riesgo operacional⁵⁰².

Siendo esto así, los servicios que acapararían la práctica concesional serían los de naturaleza no pública a los que ya se ha hecho referencia⁵⁰³ (los que no son estrictamente de la titularidad o competencia de las administraciones pero están ligados directamente a un fin público en sentido amplio) y puede también que alguno de los servicios que, aunque públicos, sean de menor esencialidad como los culturales (ej. cesión de un teatro o centro cultural público para la prestación de actividades culturales), deportivos (ej. explotación de polideportivos municipales), o incluso de movilidad urbana (ej. alquiler de bicicletas en las ciudades). Estos servicios públicos en sentido amplio forman parte de las competencias atribuidas a las administraciones, es decir, son ellas las responsables de prestarlos y de velar por su satisfacción pero no son tan primordiales como otro tipo de servicios (educativo, sanitario...) por lo que son los únicos de los servicios considerados ‘públicos’ que podrían permitirse la asunción del riesgo operacional que conlleva la nueva concesión. Quizá también podrían sumarse a estos últimos aquellos servicios públicos que incluso siendo esenciales tengan un riesgo tan limitado por la propia configuración jurídica del servicio (ej. abastecimiento de agua) que no existan verdaderas opciones de poner la continuidad del servicio en peligro pero sea suficiente para calificarlo como una concesión al cumplir con la exigencia del riesgo operacional (es decir, al cumplir con el requisito de transmitir un riesgo de demanda y/o de oferta que no sea tan mínimo como para considerar las posibles pérdidas nominales o desdeñables pero esté ligeramente por encima de tal calificación).

En definitiva, desde el punto de vista del objeto, los servicios susceptibles de concesión serán aquellos 1º) que sean de la “titularidad o competencia” de las Administraciones, 2º) que consistan en la gestión de un servicio que lo haga susceptible de ser explotado económicamente, y 3º) añadiremos nosotros, que no tengan un carácter esencial para la

⁵⁰² “Con este criterio, casi todas las modalidades de contrato de servicio público admitidas por la legislación de contratos española merecían la calificación de contrato de servicios, en los términos que este tipo contractual tiene en el derecho europeo”. VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato...”, *op. cit.*, p. 297. En la misma línea: “...la mayor parte de las concesiones de servicio público clásicas pasan a ser contratos de servicios públicos, modulados en su aplicación por las reglas previstas en los art. 29 y 312 de la LCSP/2017, que le dotan de un régimen jurídico específico”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, *op.cit.*, p. 313.

⁵⁰³ *Vid. supra.* pp. 206 y ss de este trabajo.

sociedad o que siendo esenciales tengan un riesgo muy reducido (exigencia ésta que no es de origen legal pero que deriva de la novedad del riesgo operacional). Puede deducirse rápidamente que no serán tantos como los que se esperaba.

A continuación se muestra una tabla resumen de lo explicado acerca del nuevo objeto de la concesión de servicios y sus consecuencias.

OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS			
Servicios públicos		Servicios no públicos	
Concepto	Los de “ titularidad ” de la Administración. Reservados. (servicio público en sentido estricto)	Los de su “ competencia ”. No reservados. (servicio público en sentido amplio)	Los de su competencia indirecta . Servicios no públicos pero <u>enmarcados en uno que sí es público</u> . (Este fin público lo diferencia de una concesión demanial)
Ejemplos	Concesiones de recogida de basuras, de abastecimiento de agua.	Concesiones de aparcamiento público, de actividades deportivas en polideportivo municipal, de actividades culturales en teatro público, de prestación sanitaria o educativa, de alquiler de bicicletas para transporte en la ciudad.	Concesiones de cafetería en hospital, de explotación de máquinas expendedoras, de servicios de televisión en hospitales, de espacios sanitarios en polideportivo.
Esencialidad	Esencialidad absoluta (no los presta nadie más)	Esencialidad intermedia (los presta el sector privado también). Algunos sí son esenciales (sanidad, educación). Otros menos (concesiones culturales, deportivas...)	Esencialidad menor o no esencialidad. (Solo “mejoran” el servicio pero no son imprescindibles para que se pueda prestar el servicio principal en el que se enmarcan)

Capacidad de riesgo	Nula capacidad de asumir riesgo. Desaconsejable transmitir riesgo operacional.	Depende. Nula en casos esenciales (sanidad, educación..) Óptima en casos de menor esencialidad (concesiones deportivas, culturales)	Óptima capacidad de asumir riesgo. Aconsejable.
Tipo contractual adecuado	Contrato de servicios a los ciudadanos (art. 312 LCSP)	Contrato de servicios a los ciudadanos (sanidad, educación) Concesión de servicios (deportivos, culturales, alquiler bicicletas...)	Contrato de concesión de servicios (ámbito natural para este tipo de servicios)

2.2.2. Aproximación de los conceptos de concesión de servicios y concesión demanial

Al profundizar mínimamente en la nueva tipología de contratos por la que ha optado nuestro legislador advertimos dos cosas: la primera es que es muy probable que, de ahora en adelante, la mayoría de los servicios públicos de cierta esencialidad de los que la Administración se ocupa no vayan a prestarse más mediante concesión sino que se acojan al contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos para no asumir el riesgo operacional; y la segunda es que, como consecuencia de ese desplazamiento objetivo hacia un tipo contractual diferente, los nuevos servicios ‘no públicos’ (que ahora sí pueden constituir el objeto de las concesiones) ocupen el hueco que aquellos dejan. Es decir, que en la práctica probablemente pasemos de concesiones de servicios sanitarios, de educación y de basuras, a concesiones de servicios de televisión, de cafetería, de máquinas expendedoras, de bicicletas de alquiler...

Este fenómeno –que podrá darse con mayor o menor intensidad pero que ya está teniendo lugar en la práctica, tal y como demuestran algunas resoluciones relativamente recientes de nuestros Tribunales Contractuales⁵⁰⁴– genera un efecto distorsionador al aproximar

⁵⁰⁴ *Vid. supra.* pp. 207-209 de este trabajo.

excesivamente los objetos de la concesión demanial y de la concesión de servicios. Trataremos de exponerlo de forma breve:

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP 2017, en tanto en cuanto las concesiones del contrato de gestión de servicios públicos consistían en la prestación de servicios de esta naturaleza, eran fácilmente distinguibles de las concesiones demaniales las cuales se caracterizan por la prestación privada de servicios ‘no públicos’ mediante el uso de bienes del dominio público. Sin embargo, ahora ambas concesiones pueden consistir en prestaciones de hacer de tipo privado o comercial (sin naturaleza pública en sí misma) que conlleven la utilización del patrimonio público, siendo la única diferencia la vinculación de dichas actividades a un servicio público en el caso de la concesión de servicios. Así, teóricamente, en las concesiones demaniales la prestación del empresario no estará ligada a un fin público mientras que en la concesión contractual sí.

La importancia de distinguir ambas instituciones (concesión demanial y concesión de servicios) estriba en que la primera de ellas queda excluida del ámbito de aplicación de la LCSP en su art. 9.1⁵⁰⁵ y, por ende, no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación ante los Tribunales contractuales administrativos.

Veamos, entonces, detalladamente en qué se concreta esta conexión pública y qué elementos se han de observar según la doctrina administrativa para considerar que existe.

a) El principal aspecto al que habrá que atender en este ejercicio de distinción es el concerniente a la *causa del negocio*. Si la finalidad o causa última es la de influir o mejorar el desenvolvimiento regular de un servicio público de la Administración, la relación tendrá naturaleza contractual, mientras que si la causa del negocio es simplemente la de habilitar a un sujeto privado para el aprovechamiento privado de un bien de dominio público al margen de la actividad prestacional de la Administración, la naturaleza será patrimonial. Así lo explica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *“Habrá que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida*

⁵⁰⁵ “Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14...”. No lo están, sin embargo, las concesiones de obras a las que se refiere el art. 14 aunque recaigan sobre dominio público.

*con el mismo por la Administración con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. La legislación contractual y la legislación patrimonial [...], contemplan cada una supuestos diferentes de actividad administrativa, de modo que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. El primero (el contrato) atenderá a la obtención de una finalidad pública prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), y en el segundo (concesión patrimonial) prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiera de la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido. Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual*⁵⁰⁶.

De este modo, habrá que realizar una ponderación de cuál de las causas es la que prevalece en aquellos muchos casos en que ambas se entremezclen. Ante la indeterminación y subjetividad que puede implicar la apreciación de dicha finalidad, la doctrina utiliza otros indicios para su discernimiento.

b) Entre ellos se encuentra el elemento de *la iniciativa de la contratación* así como de la *posibilidad de renuncia* del operador privado. En el caso de la concesión demanial, la iniciativa procede del operador privado que busca obtener de la Administración una autorización para poder hacer un uso especial de un bien de dominio público, y del que puede renunciar cuando quiera sin que ello tenga consecuencias para nadie. Por el contrario, la concesión de servicios albergará aquellos negocios que surgen a iniciativa del poder adjudicador que busca satisfacer sus necesidades y en el que el sujeto privado

⁵⁰⁶ Resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

adquiere un compromiso de prestación al que no puede renunciar libremente en la medida en que dicha decisión podría afectar al servicio público en el que su prestación incide⁵⁰⁷.

c) Así mismo, otro de los aspectos en los que debemos fijarnos en esta tarea de discernimiento es en el *beneficiario del contrato*. En el caso del contrato público, el beneficiario es la Administración pues, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, dicho contrato le permite prestar el servicio en mejores condiciones. Por el contrario, en la concesión demanial el beneficiario es el particular que aprovecha privativamente el bien a pesar de que también su destinatario final sea el usuario⁵⁰⁸.

d) Por último, habrá que atender a las *facultades de dirección de la actividad* que pudiera tener el poder público, esto es, a la capacidad de dictar instrucciones o imponer condiciones sobre la forma de prestación o el tipo de servicios a realizar, pues ello sería indicio de la existencia de un interés público en dicho negocio, en contraste con las concesiones demaniales en las que dichas injerencias no deben existir o deben, cómo mucho, quedar reducidas a unas simples condiciones generales de utilización del bien⁵⁰⁹. Ésta fue precisamente la razón por la que se descartó el carácter patrimonial del supuesto de prestación de servicios de restauración en un local del aeropuerto del Prat Barcelona pues, según el Tribunal, se apreciaban en dicho contrato “*amplias facultades de dirección de la actividad de restauración por parte de la entidad contratante que exced[ían] del objeto propio y característico de un contrato de arrendamiento de inmueble*” en la medida en que los pliegos detallaban “*de forma pormenorizada la forma de prestar el servicio de restauración al público, enumerando la gama de productos que deb[ían] ofrecerse en cada local, sus precios máximos, el régimen de horarios, y hasta el tiempo*

⁵⁰⁷ “que no sería contractual la autorización para llevar a cabo una actividad económica con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada que por lo general se conceden a iniciativa del operador económico en los que éste queda libre de renunciar a la prestación del servicio. Al contrario, será contractual cuando la autorización se realice a iniciativa del poder adjudicador siendo parte del contenido obligacional la ejecución de servicios específicos en las condiciones determinadas por el poder adjudicador que son exigibles al adjudicatario”. *Idem*.

⁵⁰⁸ “Aunque el destinatario final de los servicios sanitarios que se presten en las instalaciones que se ceden son los usuarios que libremente decidan acceder a las mismas, el beneficiario del servicio es el propio Ayuntamiento que trata de obtener un mejor servicio público en general y deportivo en particular”. *Idem*.

⁵⁰⁹ “El considerando 15 de la Directiva 2014/23/UE, excluye del concepto “concesión” el derecho a explotar recursos de carácter público en que el poder adjudicador establece únicamente condiciones generales de uso sin contratar servicios específicos, como el caso de arrendamientos que solo contienen condiciones sobre la toma de posesión, uso al que debe destinarse, obligaciones de mantenimiento, devolución del bien al propietario, cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario”. *Idem* y Resolución 411/2017, de 5 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

máximo de espera admisible por cada cliente, exigiendo la elaboración de planes y estudios de viabilidad económica de la actividad, planes de negocio y de calidad, etc” alegando que dicho contenido primaba sobre el del mero alquiler de local y ponía de manifiesto que la auténtica finalidad de la contratación era la de “regular las condiciones de prestación de un servicio ‘que se ofrece a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto”⁵¹⁰.

Siendo esta la postura de la doctrina, no podemos sino resaltar nuestro desacuerdo con esta interpretación del objeto de las concesiones que, a nuestro juicio, no es más que una distinción artificiosa que no coincide ni con la realidad ni con nuestra tradición jurídica sobre la concesión demanial, que carece de justificación dogmática y que únicamente responde a un reforzamiento de la *vis expansiva* del contrato administrativo derivado de la proliferación en los últimos años de tribunales administrativos de contratación que pretenden atraer hacia sí prácticamente todo negocio que se realiza con la Administración.

La cuestión que se plantea es compleja pues la realidad es que este tipo de servicios como la explotación de marquesinas, máquinas expendedoras, cajeros automáticos, servicios de televisión, o cafetería que se prestan en bienes de dominio público (hospitales, universidades, calles, aeropuertos, etc) se parecen demasiado a lo que tradicionalmente se ha entendido como concesión demanial⁵¹¹, por no decir que no se aprecia verdaderamente cuál es su diferencia. Y ello en tanto en cuanto, en puridad, no puede existir ninguna concesión demanial completamente desvinculada de las competencias de la Administración de modo que podemos encontrar ese “vínculo o finalidad pública” en prácticamente cualquiera de ellas. Son varios los ejemplos:

El servicio de aparcamiento público gestionado por particulares en bienes de dominio público ha sido considerado por varias sentencias como un servicio público⁵¹² que se

⁵¹⁰ *Idem*

⁵¹¹ “En el Derecho español, la doctrina configura la concesión demanial como ‘un título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de la actividad del particular y de la colectividad’”. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson Civitas, 2007, p. 57.

⁵¹² SSTs de 11 de marzo de 1991 (ROJ: STS 1416/1991) y de 25 de septiembre de 2000 (ROJ: STS 6713/2000).

presta en ejercicio de la competencia “*sobre ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas*” que el art. 25.2 b) de la LRBRL atribuye a los municipios.

Lo mismo sucede con los servicios de alquiler de bicicletas en las ciudades que se considera son resultado del ejercicio directo de la competencia sobre “tráfico” y “movilidad” urbana de la Administración local del art. 25.2 g) LRBRL, así como con la prestación de servicios deportivos mediante el uso de bienes demaniales que puede entenderse que materializan competencias de la Administración como la “*promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre*” del art. 25.2 l) LRBRL.

En el mismo sentido, el espectáculo de los toros ha sido considerado una actividad que puede incardinarse en el art. 25.2 m) de la LRBRL relativo a la “*promoción de la cultura y equipamientos culturales*” y, por ello, la cesión de su gestión o explotación debe calificarse como contrato de gestión de servicios públicos⁵¹³.

Sin embargo, no sucede lo mismo con el servicio de hamacas que se presta en las playas, ni con la instalación de zonas de juegos infantiles que hay en muchas de ellas, ni con las destinadas para la práctica deportiva del *surf*, *windsurf* y similares. Tampoco tiene carácter contractual la instalación y explotación de contenedores en los puertos. ¿Acaso no son todos estos, servicios que de algún modo revierten y mejoran alguna competencia de la Administración? ¿Acaso no inciden tanto el servicio de hamacas, como el de juegos infantiles y de práctica del surf en la competencia de la Administración en materia de *promoción de la actividad turística, promoción del deporte y de ocupación del tiempo libre* de las letras h) y l) del art. 25.2 de la LRBRL? ¿no incide la construcción y explotación de una terminal de contenedores en un puerto en el servicio de gestión portuaria que tiene atribuido el Estado por los arts. 149.1 20ª CE y 25 de la Ley de Puertos Españoles y de Marina Mercante⁵¹⁴? ¿Acaso no es lo mismo la autorización para construir

⁵¹³ Así lo afirman entre otros, el Informe 9/2015, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como los Informes 2/2011, 42/2011 y 52/2013 de la misma Junta. El Tribunal Supremo confirmaba también la calificación de contrato de gestión de servicio público (y no de concesión demanial) del contrato para la cesión de la explotación de la plaza de toros de las Ventas. STS de 9 de julio de 2012. En materia de actividades taurinas, *vid.* MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “El contrato de gestión o explotación de plaza de toros. Reflexiones sobre su naturaleza”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 8, 1996, pp. 335-352.

⁵¹⁴ Art. 25 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: “*A Puertos del Estado le corresponden las siguientes competencias, bajo la dependencia y supervisión del Ministerio de Fomento:*

y explotar una terminal de contenedores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, que autorizar la instalación de maquinas expendedoras en un hospital? No se entiende por qué un local comercial en un aeropuerto, o la instalación de este tipo de maquinas en un hospital deben ser calificadas como concesiones de servicios y la instalación de contendores en los puertos con fines comerciales, sin embargo, debe ser demanial. Ni tampoco es comprensible que el servicio de transporte en bicicleta sea una concesión de servicios en tanto ejerce la competencia municipal en materia de movilidad y tráfico de los municipios, y que el servicio de alquiler de tablas de surf en las playas no se considere que incide en la competencia de fomento del deporte de los mismos. Y la misma ambigüedad podría predicarse, en general, con respecto a muchos otros servicios como el de reprografía en las universidades, o el de televisión en habitaciones de hospital, así como la explotación de cajeros automáticos en cualquier edificio público. Todos ellos podrían constituir concesiones de servicios de acuerdo a la nueva LCSP en base a que tienen por objeto mejorar los servicios o funciones públicas que en dichos lugares se prestan a los ciudadanos permitiéndoles, en estos casos, no tener que acudir a comercios fuera del recinto para hacer fotocopias o para sacar dinero.

Que la distinción patrimonial o contractual de estas concesiones dependa, en última instancia, de la incidencia o no de tal actividad en un concepto tan equívoco como es el de servicio público tan solo contribuye a aumentar la inseguridad jurídica mediante la proliferación de interpretaciones que acentúan la enorme ambigüedad actual existente sobre ambos conceptos. En este sentido, coincidimos con la postura adoptada recientemente por la sala de lo civil del Tribunal Supremo en la que se advierte de la

a) La ejecución de la política portuaria del Gobierno y la coordinación y el control de eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal, en los términos previstos en esta Ley.

b) La coordinación general con los diferentes órganos de la Administración General del Estado que establecen controles en los espacios portuarios y con los modos de transporte en el ámbito de competencia estatal, desde el punto de vista de la actividad portuaria.

c) La formación, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico en materias vinculadas con la economía, gestión, logística e ingeniería portuarias y otras relacionadas con la actividad que se realiza en los puertos, así como el desarrollo de sistemas de medida y técnicas operacionales en oceanografía y climatología marinas necesarios para el diseño, explotación y gestión de las áreas y las infraestructuras portuarias.

d) La planificación, coordinación y control del sistema de señalización marítima español, y el fomento de la formación, la investigación y el desarrollo tecnológico en estas materias.

La coordinación en materia de señalización marítima se llevará a cabo a través de la Comisión de Faros, cuya estructura y funcionamiento se determinará por el Ministerio de Fomento”.

existencia de un cierto interés público en todo lo que la Administración realiza, también evidentemente en las concesiones demaniales, por lo que entiende que ese vínculo, si no se es estricto, puede encontrarse en cualquier actuación de la Administración. *“El problema radica en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico [la finalidad pública del contrato] puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta. [...] Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo”*⁵¹⁵.

Además, debe ponerse de relieve que esta configuración de la concesión de servicios que hace la Ley no recoge las ideas reflejadas por el legislador comunitario en la Directiva y no creemos que tenga amparo en el considerando 15 de la Directiva⁵¹⁶ cuya intención es precisamente dejar fuera de su ámbito de aplicación a las concesiones demaniales al referirse a los acuerdos con operadores privados que tengan por objeto la explotación de *“parajes o recursos de carácter público”* en los que *“el Estado establece únicamente sus condiciones generales de utilización sin contratar obras o servicios específicos”*.

En nuestra opinión debería haberse mantenido la naturaleza pública de los servicios objeto de las concesiones que existía en la tipología contractual anterior para así no desnaturalizar la concesión demanial. La apertura de la concesión a servicios ‘no públicos’ lo trastoca todo hasta el punto de prácticamente fusionar dos figuras tradicionalmente independientes cuya distinción era sencilla⁵¹⁷: la concesión demanial

⁵¹⁵ STS 443/2018, de 12 de julio (ROJ: STS 2682/2018).

⁵¹⁶ *“Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario”*. Considerando 15.

⁵¹⁷ A pesar de ello, sí ha de reconocerse que hubo un tiempo en que se trató de construir una idea unitaria de la categoría concesional, siendo su máximo defensor y exponente VILLAR PALASÍ, J.L., voz “Concesiones administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, 1952, pp. 687 y 701. Sin embargo, a día de hoy, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a esta posibilidad señalando las múltiples diferencias existentes entre los distintos tipos de concesión. *Vid.* LÓPEZ RAMÓN, F., “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de Estudios de la*

acogía aquellos negocios por los cuales un sujeto privado se enriquecía mediante la utilización del dominio público de forma excluyente o limitativa, sin que la simple incidencia de dicha actividad en el interés general o en la mejora de alguna competencia de la Administración pudiera considerarse motivo suficiente para su calificación contractual. Por su parte, la concesión de servicios públicos se refería a aquellos contratos que tenían por objeto dejar en manos de un operador privado un servicio que fuera en sí mismo de titularidad pública de manera que pudiera apreciarse la subrogación de la concesionaria en la posición gestora de la Administración, esto es, un servicio que concreta y expresamente quedara atribuido a la Administración⁵¹⁸, en monopolio o en régimen de libre competencia, pero no una actividad diferente que simplemente incidiera sobre uno de estos servicios. Todo ello sin perjuicio de que pudieran estos últimos considerarse de naturaleza administrativa especial en aquellos casos en los que, por su especial intensidad, pudieran considerarse vinculados “al giro o tráfico” de la Administración, pero en ningún caso se incluían en el objeto de la concesión de servicios.

En definitiva, este efecto expansivo que experimenta la nueva concesión de servicios no tiene en cuenta la diferente naturaleza de ambas figuras concesionales. Como afirma Fernández Acevedo, “*la concesión de dominio, por diferencia con las de servicio y de obra, carece de naturaleza traslativa de funciones originariamente públicas que la Administración desgaja de su titularidad a favor del particular concesionario*”⁵¹⁹. De este modo, no puede entenderse que existe concesión de servicios allí donde no se produce esa traslación de una función pública al concesionario, y esto es precisamente lo que se está haciendo al abrir la concesión de servicios a servicios sin esta naturaleza. Y es que “*a pesar del fin público al que se dirige toda concesión demanial, aquella actividad privada del concesionario no supone una colaboración del mismo a una tarea concreta de la Administración, a ‘algo propio de la Administración que lo contrata*”⁵²⁰.

Administración Local y Autonómica, nº 243, 1989, p. 570; HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, 1998, p. 161.

⁵¹⁸ “*donde no hay servicio público declarado, no puede hacer concesión de servicio*”. SALAS HERNÁNDEZ, J., *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pp. 35 y 36.

⁵¹⁹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones ...*, op. cit., p. 107. En el mismo sentido, vid. ALBI, F., *Tratados de los modos ...*, op. cit., p. 509, y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 241 y “Aspectos de la Administración económica”, *Revista de la Administración Pública*, nº12, 1953, p. 48 quien señala que la concesión de servicios “*se diferencia de la concesión demanial porque recae sobre ‘la actividad y no sobre la cosa’*”.

⁵²⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones ...*, op. cit., p. 122.

Así de claro se mostró también nuestro Tribunal Supremo en 2005 en relación a la instalación de tiendas en recintos aeroportuarios señalando que dicho contrato no solo no podía considerarse una concesión de servicios sino que ni siquiera reunía las condiciones o requisitos exigidos para que pudiera ser calificado como contrato de naturaleza administrativa especial “*ya que la instalación de unas tiendas en los recintos de los aeropuertos, ni está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración ni están dirigidos a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública*”⁵²¹.

Por último, es importante señalar que ya antes de esta Ley se ‘extraían’ del ámbito de la concesión demanial estos servicios ‘privados pero con vínculos públicos’ solo que se atribuían a los contratos administrativos de naturaleza especial y estos no eran susceptibles de recurso especial en materia de contratación según el art. 40.1 TRLCSP. Ahora, en lugar de clasificarse como especiales, encajan perfectamente en la definición que nuestro legislador ha querido dar a las concesiones de servicios por lo que sí serían susceptibles de dicho recurso, siempre y cuando superen el umbral establecido (art. 44.1 LCSP). Por tanto, lo que realmente ha sucedido es que se han aproximado los conceptos de concesión o, más concretamente, la concesión de servicios se ha acercado a la demanial, de manera que ahora son prácticamente idénticas, dejando esta última cada vez más vacía de contenido y aumentando el ámbito competencial de los Tribunales administrativos de contratación que antes no alcanzaban a este tipo de servicios. Es decir, la concesión de dominio se ha reducido como categoría autónoma al haberse expandido la figura de la concesión de servicios. De este modo, en la concesión demanial, siempre que pueda apreciarse transferencia de riesgo operacional, podrá plantearse el problema de si tiene naturaleza contractual o no.

Por lo tanto, lo importante ahora es saber que será considerado una concesión (además de cualquier servicio o prestación de hacer que no sea una obra o un suministro, que suponga el ejercicio directo de una actividad de la titularidad de la Administración o de su competencia) también aquel que, sin cumplir esta exigencia, tenga algún vínculo con “el giro o tráfico” de la Administración, o esté ligado indirectamente a un fin o servicio público⁵²².

⁵²¹ STS de 4 de octubre de 2005 (ROJ: STS 5848/2005).

⁵²² “cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para

2.3. Las otras concesiones: el nuevo contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos

Una de las principales consecuencias de la introducción del concepto de riesgo operacional, si no la principal, es la aparición de un contrato de servicios especial diferenciado del contrato de servicios ordinario. Ello surge de la necesidad de dar cabida a todos aquellos servicios cuya explotación, a pesar de dejarse en manos privadas, no cumplen con el requisito de la transferencia del riesgo operacional. Al no poder considerarse concesiones, quedarán encuadrados en otro tipo contractual distinto como es el contrato de servicios⁵²³.

Ahora bien, es evidente que el régimen tradicional previsto para el contrato de servicios no sirve para atender a las exigencias y necesidades de los servicios públicos que ahora adoptarán la forma de un contrato de servicios y a los que antes no abarcaba porque se prestaban mediante el contrato de gestión de servicios públicos con todas las prerrogativas y garantías. Y es que, como indica el Consejo de Estado, “*existen una serie de prescripciones que deben observarse respecto a la contratación de servicios públicos, independientemente del riesgo operacional, es decir, al margen de si la contratación reviste la forma de concesión de servicio o contrato de servicio*”⁵²⁴.

Es por eso que, tal y como veremos en las siguientes líneas, el legislador ha llevado a cabo lo que podríamos calificar como un ‘trasvase’ del conjunto de normas y especialidades que antes se contemplaban para el contrato de gestión de servicio público al nuevo contrato de servicios que “conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía” tal y como lo define el art. 312 LCSP⁵²⁵. Por esta razón se les podría llamar contratos de servicios “aparentes” pues, en realidad, dan cobijo contractual a auténticas concesiones de servicios. Esta situación hace que nos planteemos, como lo hacen algunos

el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato”. Resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

⁵²³ Sobre este nuevo contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos *vid.* LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos ...”, *op. cit.*

⁵²⁴ Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, p. 246.

⁵²⁵ Así lo señalan Hernández González y Villar Rojas: “*el hecho de que el contrato de servicios pueda tener por objeto la prestación de un servicio público produce un desplazamiento hacia esta modalidad contractual del régimen jurídico propio del contrato de gestión del servicio público*”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 57; “*el Anteproyecto aplica a los contratos de servicios sanitarios y sociales las prerrogativas y la arquitectura jurídica del contrato de gestión de servicios públicos tradicional*”. VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del ...”, *op. cit.*, p. 298.

autores como Villar Rojas⁵²⁶ o Hernández González, si realmente estamos ante la supresión del contrato de gestión de servicios públicos o más bien ante una “refundación” del mismo en el contrato de servicios dirigidos a las personas. Ese ‘trasvase’ o ‘reproducción’ de su régimen *“hace que, si no es de iure, el contrato de gestión de servicio público siga existiendo de facto, como una especie de espíritu que cohabita en la morada del contrato de servicios”*⁵²⁷.

Así pues, el contrato de servicios se desdobra para abarcar, por un lado, a los servicios tradicionalmente así considerados, esto es, los que se prestan directamente a la Administración (ej. servicio de limpieza de un Ayuntamiento) y, por otro, a los servicios que se prestan a los ciudadanos sin asunción de riesgo operacional (ej. servicio de recogida de basuras).

El art. 312 de la Ley de Contratos se encarga de recoger las “especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía”. Sorprende, en parte, que se les llame ‘especialidades’ como si de algo puntual se tratara cuando, en realidad, configuran un régimen totalmente diferente que tendría más sentido enmarcar en un tipo contractual independiente pues lo que caracteriza o constituye un tipo contractual es, precisamente, su régimen unitario. En el momento en que ese régimen es completamente distinto para un caso u otro, carece de sentido seguir hablando del mismo tipo de contrato⁵²⁸.

⁵²⁶ A ello se refiere Villar Rojas con lo que llama la “resiliencia del contrato de gestión de servicio público”. VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato...”; *op. cit.*

⁵²⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 57.

⁵²⁸ Esto es algo sobre lo que reflexionaba Martínez Alonso-Camps cuando el Anteproyecto de Ley preveía un régimen unitario para los contratos de servicios sin hacer distinciones entre el contrato ordinario y el dirigido a las personas. En esa lógica que comentamos de que un tipo contractual debe tener un régimen unitario, le parecía insuficiente el régimen que el anteproyecto establecía para los contratos de servicios teniendo en cuenta que era ya muy probable que se prestarán a través de él auténticos servicios públicos. Toda su reflexión parte de la idea básica de que el régimen de un tipo contractual debe ser único y el mismo para todos los supuestos que configuren su ámbito objetivo por lo que solo contempla como alternativa para reforzar las debilidades del régimen del anteproyecto la de completar las lagunas legales por vía de los pliegos y no la de diferenciar dos regímenes dentro de un mismo tipo de contrato: *“por la vía de configurar un régimen ad hoc en base al pliego entiendo que se corre un riesgo aún mayor: el de desnaturalizar el contrato de servicios. Estamos hablando del régimen jurídico contractual y, en consecuencia, las determinaciones que pueden justificarse si el objeto es un servicio público y a fin de garantizar los derechos de sus usuarios, resultarán desproporcionadas si la prestación tiene como destinatario exclusivo la Administración contratante. Y entiendo que el régimen jurídico debe ser unitario”*. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op. cit.*, p. 26.

En cualquier caso, conviene detenerse en el contenido normativo de estos contratos, así como en la evolución que han seguido en la tramitación de la Ley para valorar las posibles consecuencias.

Uno de los primeros aspectos que destacan es la ampliación del plazo de **duración** de los contratos de servicios, en general (no de manera exclusiva para los dirigidos a las personas). El art. 29.4 establece para los contratos de servicios “*un plazo de máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas...*”. No obstante, dicho periodo podrá ser mayor en dos supuestos:

- i) Cuando lo exija el periodo de amortización de inversiones con un coste relevante:

La Ley permite una mayor duración “*excepcionalmente [...] cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un **coste relevante** en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera de su período de recuperación ...*”.

Esta necesidad de prolongar la duración del contrato para facilitar la amortización está en clara consonancia con lo contenido en el art. 309.2 sobre la determinación del precio en los contratos de servicios: “*En determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas*”. Como señala Martínez Alonso-Camps, esta previsión es lógica tanto para las prestaciones que se realicen a la Administración, como para la prestación de servicios públicos directamente dirigidos a los ciudadanos. En este último caso, la posibilidad de extender el plazo más allá de los cinco años permite cubrir los déficits que suponía la utilización de contratos de servicios para estos servicios a

las personas⁵²⁹, pues antes la duración prevista para los contratos de servicios era tan breve que no habría permitido amortizar las inversiones que este tipo de servicios públicos siempre implican⁵³⁰.

Obsérvese que la ampliación de la duración se condiciona a que la amortización de dichos costes o inversiones constituya un coste “relevante”. La introducción de este concepto jurídico indeterminado deberá concretarse vía reglamentaria cómo el propio artículo indica.

ii) Cuando sea necesario para la continuidad del servicio:

Así mismo, y en este caso solo para los contratos de servicios especiales o “relativos a los servicios a las personas”, la Ley (art. 29.4) también prevé la posibilidad de establecer una duración mayor “*cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente*”.

Esta posibilidad de establecer plazos de duración mayores de los tradicionalmente contemplados para los contratos de servicios era una modificación necesaria dadas las novedades introducidas por las Directivas y la reestructuración de nuestros tipos contractuales que ha hecho el legislador que han propiciado una reformulación del contrato de servicios de siempre con la ampliación de su ámbito objetivo a prestaciones dirigidas a las personas.

Además, debe señalarse que el régimen de estos contratos también contempla la misma garantía que la existente para las concesiones de servicios de prorrogar el contrato por razones de continuidad del servicio cuando en el momento del vencimiento del mismo no se haya formalizado uno nuevo (último inciso art. 29.4 LCSP⁵³¹).

⁵²⁹ “Se trata ciertamente de una previsión del todo lógica para las prestaciones a la Administración, ámbito natural del contrato de servicios, pero que también puede cubrir los déficits que presentaba la utilización de dicho contrato para la prestación de servicios públicos (significativamente, la recogida y tratamiento de residuos y la problemática de la amortización de los bienes de equipo utilizados)”. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op. cit.*, p. 21.

⁵³⁰ Éste es precisamente el fundamento del principio de remuneración suficiente consustancial de las concesiones.

⁵³¹ Art. 29.4 LCSP: “No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles

Entre las otras muchas garantías propias de los contratos de gestión de servicios públicos que se han incorporado nos encontramos con la exigencia de que antes de contratar el servicio se establezca su **régimen jurídico** de forma que “*declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio*” (art. 312 a) LCSP).

No obstante, no se prevé, como sí se hace para las concesiones de servicios en el art. 285.2, que entre las actividades previas a la adjudicación se elabore y apruebe un estudio de viabilidad de los servicios que se van a prestar, o un estudio de viabilidad económico-financiera con carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. La razón de dicha ausencia puede estar justificada en que la transferencia del riesgo operacional es inexistente en el contrato de servicios. Resulta de vital importancia saber si a pesar del riesgo normal e inherente de toda concesión, se trata de un servicio para el que exista una demanda y necesidad reales que haga pensar que es viable y que es razonable su adjudicación. Si bien es cierto que esta circunstancia no se da en los contratos de servicios pues en ellos se garantiza la recuperación de la inversión por lo que la viabilidad está asegurada, la elaboración de un estudio de este tipo tendría igualmente sentido, o incluso mayor, pues al ser un contrato que con alta probabilidad computará en la balanza del Estado a efectos de gasto y déficit públicos, conviene que se articulen por esta vía contractual solamente los verdaderamente indispensables. Sin un estudio previo de estas características, podrán llevarse a cabo multitud de proyectos, de larga duración, con una inversión garantizada, con ningún interés social real. Los llamados y temidos ‘elefantes blancos’.

En segundo lugar, se imponen al contratista las típicas **obligaciones** i) de *prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso*

para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”.

de la contraprestación económica fijada; ii) de cuidar del buen orden del servicio; iii) de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y iv) de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados (art. 312 b) LCSP).

Así mismo, los bienes afectos a este tipo de servicios serán **inembargables** (art. 312 c) LCSP). Como indica Laguna de Paz “*se trata de la extensión de un privilegio propio de los bienes públicos a los bienes del contratista, que son privados, pero que están vinculados a la prestación de un servicio que se entiende esencial*” con lo que se busca “*no tanto proteger al contratista, sino a los ciudadanos, a los que hay que garantizar la continuidad en la prestación de servicios indispensables*”⁵³².

La norma también incluye en el paquete de garantías la posibilidad de acordar el **secuestro o intervención** del servicio en casos de incumplimiento por parte del contratista del que se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios, siempre y cuando la Administración no optase por la resolución y hasta el momento en que dicha perturbación desaparezca (art. 312 d) LCSP). Nada se dice, sin embargo, sobre la posibilidad de imponer el régimen de penalidades que sí se prevé para las concesiones de servicios en tales casos de incumplimiento (art. 293. 2 LCSP).

Con respecto a los **poderes de policía** necesarios para asegurar la buena marcha que la ley atribuye a la Administración (art. 312 e) LCSP), no habría estado de más aprovechar la ocasión para concretar estos poderes tal y como se hace y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para las concesiones con el reconocimiento de las potestades de investigar, inspeccionar, fiscalizar y dirigir la prestación del servicio así como de dictar órdenes para su restablecimiento o corrección en casos de incumplimiento⁵³³. Ello evitaría entrar en el debate de cuáles son exactamente las potestades que se consideran “necesarias” para ejercer esa prerrogativa.

⁵³² LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 66.

⁵³³ El RSCL otorga a la Administración concedente de una concesión las siguientes potestades:

“Artículo 127. 1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: [...] 2º) Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y dictar

Otra de las cuestiones señaladas con el objetivo de que el ciudadano pueda distinguir con claridad los servicios que le presta la Administración y los que le presta el contratista es que “*con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante*”. En caso de que ello no fuera posible “*se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones*” (art. 312 f) LCSP).

Por último, se añaden además de las causas de resolución de todos los contratos (art. 211) y de las propias del contrato de servicios (art. 313), las de las letras c), d) y f) del art. 294 relativo a las causas de resolución de las concesiones de servicios: el rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público, la supresión del servicio también por razones de interés público, y el secuestro cuando no se hubieren garantizado la asunción completa de las obligaciones.

A pesar de la batería de garantías de las que el legislador ha dotado al contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos, lo cierto es que el ‘trasvase’ ha supuesto ciertas disfunciones o distorsiones que el Consejo de Estado en su informe 1116/2015 sobre el Anteproyecto ya advirtió y exigió corregir incluso con carácter esencial⁵³⁴. El problema es que si bien parte de esas disfunciones se han corregido en el texto definitivo, algunas otras cuestiones no lo han hecho.

La primera de las distorsiones que el Consejo de Estado y parte de la doctrina⁵³⁵ señalaron es la que tiene que ver con la *desprotección que sufrirían todos aquellos servicios públicos que bajo la nueva Ley se calificaran como contrato de servicios* al considerar del todo insuficientes las especialidades (prerrogativas y garantías) que el Anteproyecto preveía para tales contratos⁵³⁶. Así lo manifestaba el Consejo de Estado al calificar de

las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación”. Vid. también MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op. cit.*, p. 22.

⁵³⁴ Informe Consejo de Estado 1116/2015, de 26 de marzo, p. 80.

⁵³⁵ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op. cit.*, p. 24.

⁵³⁶ Sobre esa insuficiencia de las especialidades que preveía el Anteproyecto para los servicios dirigidos a las personas: “*Ahora bien, esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y*

esencial la necesidad de corregir tales lagunas: “*es inexcusable la reevaluación del anteproyecto con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos*”⁵³⁷. Se ponían en peligro los servicios más esenciales, por lo que dichas exigencias fueron atendidas y finalmente se incorporaron en el texto normativo las previsiones que faltaban.

Sin embargo, la protección, por mucha reproducción o trasvase que se haya hecho no es equiparable al de las concesiones de servicios (o a la del antiguo contrato de gestión de servicios públicos). Existen todavía vacíos como la elaboración del informe de viabilidad con prioridad a la adjudicación del contrato, o la posibilidad de imponer penalidades antes de tener que realizar el secuestro del servicio ante determinados incumplimientos. Al no estar contemplados en el art. 312 LCSP debe entenderse que no son de aplicación en este tipo de contratos.

Otro de los aspectos es la posibilidad de resolver el contrato de servicios por demora de la Administración en el pago en mas de seis meses o incluso en un plazo inferior. Así se infiere de lo contenido en el art. 313 LCSP: “*Son causas de resolución de los contratos de servicios, además de las generales, las siguientes: [...]*” . Como puede observarse, incluye, sin excepción, todas las causas de resolución generales contenidas en el art. 211 entre las que se encuentra en el apartado e) “*La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8*”. Esta causa, por el contrario,

disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional. No se prevén en el contrato de servicios prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) como la inembargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (artículo 292 c) y d)) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). Asimismo, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato”. Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, p. 78.

⁵³⁷ Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, p. 80.

está expresamente excluida de las causas de resolución de los contratos de concesión de servicios, precisamente para garantizar la continuidad de los servicios⁵³⁸.

La segunda de las disfunciones es la que se produce en sentido contrario a la que acabamos de explicar. Se trata de la *sobreprotección de los servicios no públicos que se presten mediante el contrato de concesión de servicios*⁵³⁹. En contra de lo aconsejado por el Consejo de Estado el texto definitivo no estableció distinción alguna entre el régimen a aplicar a las concesiones de servicios públicos y las de los no públicos. Distinción que era necesaria pues el mantenimiento de poderes exorbitantes y prerrogativas para la Administración en el marco de un contrato solo se puede justificar en el caso de que lo que se presten sean servicios públicos cuya continuidad sea obligado mantener. Lo expuso con claridad el Consejo de Estado: *“La opción escogida por el legislador, en cambio, no se aviene con este planteamiento, puesto que en la concesión de servicios, independientemente de si este servicio es público o no, se contienen las referidas prescripciones propias de los servicios públicos. Tal planteamiento, indudablemente, va a conducir a distorsiones en la práctica, puesto que no es posible extender a todo tipo de servicios, por más que se transfiera el riesgo operacional, la regulación del servicio público, por lo que se sugiere la reconsideración de esta opción legislativa”*⁵⁴⁰.

Así las cosas, junto con la desaparición del contrato de gestión de servicio público desaparecen también tres de sus cuatro modalidades: los contratos de gestión interesada, los conciertos, y las empresas de economía mixta. Estos ahora *“deberán conceptualizarse bien como concesión bien como contrato de servicios, dependiendo de que exista o no transferencia del riesgo operacional”*⁵⁴¹. Es evidente, que nada impide que *de facto* sigan manteniéndose estas formas contractuales⁵⁴² que de tanta utilidad han sido y cuya

⁵³⁸ Art. 294 LCPS: *“Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes: [...]”*

⁵³⁹ *“las determinaciones que pueden justificarse si el objeto es un servicio público y a fin de garantizar los derechos de sus usuarios, resultarán desproporcionadas si la prestación tiene como destinatario exclusivo la Administración contratante”*. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos...”, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴⁰ Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, pp. 246 y 247.

⁵⁴¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁴² Rige, en este sentido, el principio de libertad de administración recogido en el art. 2.1 de la Directiva 23/2014 que otorga a las autoridades públicas libertad *“para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos”*. Lo relevante a ojos de la Unión Europea y lo que exigen

funcionalidad aun se mantiene (muy especialmente en la figura del concierto) pero en lo relativo a la determinación de su régimen jurídico (normas de publicidad y concurrencia en el proceso de licitación) habrá que estar a la clasificación mencionada (contrato de servicios a las personas/concesión de servicios).

En principio, parece que estas modalidades de contratos tendrán una acogida natural más lógica en el contrato de servicios que en el de concesión. Especialmente en el caso del concierto teniendo en cuenta el tipo de servicios (sanitarios, sociales, educativos) que normalmente se prestan mediante esta fórmula⁵⁴³ y que hacen pensar que por su esencialidad y, en algunos casos por su obligatoriedad (educación), no conllevarán transferencia del riesgo bien porque no compense correr ese riesgo, bien porque no haya un verdadero riesgo de demanda, respectivamente. En este sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía 139/2015 señala lo siguiente: *“Como ya han señalado otros Tribunales de recursos contractuales -entre ellos, los Tribunales de Aragón y de Castilla y León- un servicio público sanitario, en este caso, el transporte sanitario, difícilmente puede encajar en las modalidades de tipo concesional y de transferencia de riesgo porque podría desvirtuarse el contenido de una prestación esencial y obligatoria”*.

Puede pensarse lo mismo de la gestión interesada en tanto en cuanto se caracteriza precisamente por una compartición de los riesgos con la Administración (con la consecuente renuncia proporcional a los beneficios). En los contratos de gestión interesada la retribución suele basarse en una parte mínima abonada por la Administración al operador privado, más una parte variable en función de los resultados. También puede darse la posibilidad de que el operador pague un canon a la Administración. Teniendo en cuenta lo anterior, no puede afirmarse *a priori* que la cuantía mínima garantizada vaya a cubrir siempre los costes que el operador pudiera tener, garantizándole la rentabilidad de la operación. No obstante, el hecho de que no suele haber inversión inicial en este tipo de contratos (pues suele aportar las instalaciones

sus directivas es el cumplimiento de unas finalidades y resultados (en concreto, la observancia de las normas de licitación que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de trato de los licitadores y la transparencia). La elección de la forma y de los medios corresponde al derecho interno.

⁵⁴³ *“atendiendo a los sectores que constituyen el nicho natural de los conciertos (como son la educación, la sanidad y los servicios sociales), en los que no existe una exposición real a las incertidumbres del mercado, resulta difícil encontrar un supuesto de transferencia significativa del riesgo de explotación”*. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 54.

la Administración contratante) hace pensar que probablemente no cumpla el requisito de la transferencia del riesgo operacional. En cualquier caso, a pesar de la lógica inclinación hacia los contratos de servicios, ni en los conciertos ni en los contratos de gestión interesada puede descartarse su calificación como concesión⁵⁴⁴.

En cuanto a la creación de una sociedad de economía mixta con el objetivo principal de adjudicarle la gestión de un servicio, debe señalarse que no hay características específicas de esta modalidad que permitan deducir en qué tipo de contrato tiene más sentido que se materialice el servicio.

Así, en definitiva, compartimos el sentir general de Hernández González quien señala que *“la supresión del contrato de gestión de servicios público por el legislador nacional no tiene las consecuencias traumáticas que se pudieran pensar, en la medida que su hueco queda cubierto por el régimen jurídico aplicable a las concesiones y a los contratos públicos de servicios. Ahora bien, si tenemos en cuenta que en los últimos sesenta años el contrato de gestión de servicios públicos ha sido una herramienta eficaz para asegurar el cumplimiento del interés público (dotado de la suficiente flexibilidad para adaptarse a los cambios que éste exija), parece razonable que nos preguntemos si merece la pena un sacrificio tan grande, que rompe con nuestra tradición jurídica y que puede generar una mayor inseguridad que la que, con su supresión, se pretende evitar”*⁵⁴⁵.

2.4. La prestación de servicios sociales por la vía extracontractual

Dada la importancia social de los servicios recogidos en el anexo IV de la Directiva, el legislador comunitario además de establecer un umbral económico más alto para este tipo de contratos dado su inferior interés transfronterizo⁵⁴⁶, reconoce expresamente la

⁵⁴⁴ En principio, debido a los sectores en los que opera, debería configurarse como contrato de servicios, [...] Sin embargo, no todos los conciertos tienen la misma problemática; ni siquiera dentro del ámbito sanitario existe uniformidad. Así, por ejemplo, la D.A. 20 del Anteproyecto [actual D.A 19 de la LCSP] califica como “contratos de concesión de servicios” los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General del Poder Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su importe o modalidad. Por lo tanto, no se puede afirmar, a priori, que todos los conciertos sean contratos de servicios (como parece deducirse de la doctrina del TACRC). En su caso, habrá que estar a lo que resulte del análisis económico de cada contrato”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del...”, *op.cit.*, pp. 56 y 57.

⁵⁴⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del ...”, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴⁶ “Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular

posibilidad de que los Estados decidan prestarlos sin acogerse a ninguna forma contractual de las diseñadas (esto es, concesiones de servicios o contratos de servicios), así como también les permite en caso de optar por la forma contractual que lo hagan en virtud de criterios de adjudicación que atiendan a elementos relacionados con la calidad del servicio que normalmente están excluidos del resto de procedimientos:

*“Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al **imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. [...] Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación**”*⁵⁴⁷.

que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos”. Considerando 114 Directiva 24/2014.

⁵⁴⁷ Considerando 114 Directiva 24/2014. Muy similar es el considerando 54 de la Directiva 23/2014 relativa a las concesiones: “Dada la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, los Estados miembros deben disponer de amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada. La presente Directiva no obsta para que los Estados miembros apliquen criterios específicos de calidad a la hora de seleccionar a los prestadores de estos servicios, [...]. Los Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones, por ejemplo a través de la simple financiación de los mismos, o merced a la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación”.

Así pues, nuestra Ley ha recogido esta posibilidad y lo ha hecho tanto a través de su preámbulo⁵⁴⁸ como de la Disposición Adicional 49ª⁵⁴⁹, remitiendo tal facultad a la iniciativa legislativa autonómica la cual no ha dudado en hacer uso de la misma, en virtud del título competencial “servicios sociales” y tal como demuestra la avalancha de leyes autonómicas que han tenido lugar para la regulación de estos instrumentos no contractuales y a los que se han referido mayoritariamente bajo la figura del “concierto social”⁵⁵⁰.

Como principales ejemplos citaremos las leyes autonómicas de Aragón, Islas Baleares, Asturias, Galicia, Cataluña, Andalucía, Navarra y Murcia⁵⁵¹. Actualmente la prestación de servicios sociales se materializa fundamentalmente mediante fórmulas de corte **no contractual** como es el ahora llamado “concierto social” (término al que se han acogido la mayoría de legisladores autonómicos) sin sometimiento a las normas de la LCSP pero, sin perjuicio obviamente del respeto a los principios comunes de transparencia, publicidad y no discriminación; mientras con anterioridad a la LCSP 2017, este tipo de

⁵⁴⁸ “Por otra parte, debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”. Preámbulo LCSP 2017.

⁵⁴⁹ DA 49 LCSP: “Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.

⁵⁵⁰ Sobre esta cuestión vid. LAZO VITORIA, X., “La figura del ‘concierto social’ tras las Directivas Europeas de Contratación Pública”, artículo de opinión web del Observatorio de Contratación Pública. Disponible: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/recategoria.121/remenu.3/chk.917a32cec2c1397b241ba99362ea0759> (acceso el 4 de agosto de 2018); MANENT ALONSO, L. y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S., “Tipología de contratos (III): Los contratos para la gestión de servicios públicos”, en: MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (Dir.), *La Ley de Contratos del Sector Público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 213-220.

⁵⁵¹ Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (Aragón); Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (Asturias); Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (Cataluña); Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia; Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio de servicios sociales de las Illes Balears y Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales (Islas Baleares); Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de la salud y servicios sociales (Navarra); Ley 9/2016, de 27 de diciembre de Servicios Sociales de Andalucía; y Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 2/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

servicios se prestaba a través de formulas **contractuales** como el concierto que era un subtipo o modalidad del contrato de gestión de servicios públicos.

En ellas, se siguen básicamente dos modelos: las que permiten esta vía extracontractual o concierto social únicamente con entidades sin ánimo de lucro, no contemplando la concertación con entidades que tuvieran ánimo industrial que solo podrán encauzarse contractualmente (tal es el caso de la ley aragonesa y navarra); y otras que simplemente dan prioridad a este tipo de entidades que no buscan lucrarse pero sin exclusividad (caso de Baleares, Cataluña, Andalucía...).

Así las cosas, la prestación de servicios de este tipo (‘sociales’) podrá organizarse bien directamente, bien indirectamente mediante el régimen no contractual de concierto social, o mediante alguna de las fórmulas contractuales de la LCSP 2017 (contrato de servicios o concesiones de servicios).

III. LA RELACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL CON LAS INSTITUCIONES CLÁSICAS DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

3.1. Riesgo operacional y riesgo y ventura de la concesión.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del concepto de riesgo operacional ha supuesto, a pesar del alboroto inicial, tan solo una novedad a medias. Sin duda, fruto de su introducción en la nueva Ley 9/2017, han tenido lugar importantes cambios ya explicados como la desvinculación de la concesión a los servicios públicos o la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la mayoría de sus modalidades. Con todo, el riesgo operacional no puede considerarse un completo desconocido en nuestra tipología de contratos tradicional pues su fundamento ya constituía el rasgo definidor de nuestras concesiones en la normativa anterior (TRLCS) solo que de un modo mucho más impreciso⁵⁵².

En efecto, el antiguo TRLCS preveía para nuestras concesiones un riesgo diferente que el del resto de contratos o por lo menos un riesgo ‘cualificado’. Así lo reflejaban los

⁵⁵² Lo corrobora Laguna de Paz cuando afirma que el sentido del riesgo operacional “*es justamente la filosofía que siempre ha inspirado a la concesión, que aspira a provechar la eficiencia de gestión de la iniciativa privada, que solo se despliega si existe un riesgo operacional, no cuando se le garantizan unos resultados al empresario*”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 52.

artículos 277 a) al definir la modalidad concesional para la prestación de un contrato de gestión de servicio público como aquella “*por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura*” y el 246 b) que señalaba, entre las obligaciones del concesionario de obra, la de “*explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión*”. El principal problema se hallaba en el doble significado que nuestro legislador otorgaba al concepto de ‘riesgo y ventura’ que lo mismo se utilizaba para denominar el principio básico que rige en todos los contratos enunciado en el art. 215 TRLCSP⁵⁵³, como para enfatizar la especialidad de las concesiones. Sea como fuere, los artículos mencionados y la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (previa al Texto Refundido) en la que se insiste en la necesidad de que el concesionario “*asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación*”⁵⁵⁴ demuestran que, a pesar de utilizar el mismo término, el ‘riesgo y ventura’ podía hacer referencia a distintas realidades ya que el riesgo existente en las concesiones y en el resto de contratos es diferente.

Pues bien, el riesgo operacional se identifica con ese especial riesgo que siempre ha caracterizado a las concesiones y no con el principio rector de la contratación administrativa del riesgo y ventura con el que, como bien señalan algunos autores como Laguna de Paz, no tiene nada que ver⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Art. 215 del TRLCSP: “*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*”.

⁵⁵⁴ “*Reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en «proporción sustancial» por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación. La ley responde así, sin ambigüedades, a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000. Esta doctrina del riesgo informa en consecuencia la regulación que la ley hace de la concesión de obras públicas.*” Exposición de motivos Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (ap. II).

⁵⁵⁵ “*De entrada, hay que advertir que el riesgo operacional es distinto del ‘riesgo y ventura’ que acompaña a la ejecución de todos los contratos administrativos*”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 49. SANZ PÉREZ y REVERTER BÁQUER señalan también que deben distinguirse ambas figuras: “[el riesgo operacional] incluye elementos propios del [principio] de riesgo y ventura, pero va mas allá y se centra esencialmente en el riesgo de demanda (u oferta o suministro)”. “La directiva de concesiones: especial atención al riesgo operacional...”, *op. cit.*, p. 443. Otros autores, sin

Como detalladamente se ha explicado en otro capítulo de este trabajo⁵⁵⁶, el **principio de riesgo y ventura** no es más que una solución jurídica formulada para dar cobertura general a la quiebra de la reciprocidad de intereses que suponen los riesgos que acontecen durante la ejecución del contrato. La responsabilidad que impone no es una responsabilidad por culpa sino por riesgo. Este distintivo resulta determinante pues implica que el contratista pueda ser responsable de determinadas situaciones en las que no medie culpa alguna cuando exista algún punto de conexión diferente que justifique su imputación como la causalidad o la creación de un riesgo. Así lo explica Ariño Ortiz: *“En la responsabilidad por riesgos, la culpabilidad viene sustituida por la de relación de causalidad, ya que en ella la responsabilidad juega no en virtud de la existencia o no de una culpa, sino simplemente en virtud de un riesgo creado, de la existencia de una relación de causalidad entre la actividad de un sujeto y el daño”*⁵⁵⁷. Es un principio de vital importancia cuyo fin último es determinar de quién es la responsabilidad del riesgo que sobreviene en el contrato. Sin embargo, el **riesgo y ventura propio de las concesiones** que se reconocía en el apartado a) del art. 277 TRLCSP (y que ahora se identifica con el concepto de riesgo operacional) no es un principio genérico que despliegue efectos con respecto a todo tipo de *aleas* que puedan tener lugar sino que se conecta exclusivamente a los riesgos específicos de la *gestión* del negocio. De ahí que el artículo señale la concesión como aquella modalidad *“por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”*. Mientras el principio del riesgo y ventura de todos los contratos públicos abarca de un modo general a todas las circunstancias que puedan desequilibrar la economía del contrato durante la ejecución; el riesgo y ventura de la concesión hacía alusión al riesgo específico de gestionar un negocio aunque sin concretar en qué consiste dicho riesgo. A pesar de la indeterminación, es evidente que se refiere a los riesgos propios de asumir la explotación, y estos son, aunque

embargo, los consideran conceptos muy similares: *“Esta transferencia del riesgo en las concesiones viene a ser (con los matices que narra en su trabajo el reiteradamente citado HUERGO LORA) lo que en nuestro sistema interno conocemos como principio de «riesgo y ventura» del contratista en la ejecución del contrato administrativo, y que la Directiva y ahora la nueva LCSP conceptúan como «riesgo operacional de carácter económico»*”. GARCÍA RUBIO, F., “Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº4, 2017, p.121.

⁵⁵⁶ Vid. *supra*. pp. 62 y ss de este trabajo.

⁵⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, *op.cit.*, nota al pie 60, pp. 298 y 299.

no lo diga, los riesgos de exponerse a la incertidumbre de la demanda y de la oferta del mercado.

Visto así, cabría afirmar que el riesgo operacional y el riesgo y ventura tradicionalmente atribuido a la concesión hacen referencia a una misma realidad y comparten el mismo fundamento pues esa exposición a las vicisitudes del mercado, esa aleatoriedad de la remuneración dependiente de la frecuentación de los usuarios o consumidores, esa explotación, en definitiva, que se predicaba ya durante la vigencia del TRLCSP es precisamente lo que proclama el riesgo operacional de las nuevas directivas, de ahí que algunos autores mantengan que este concepto no supone novedad alguna, al menos, en su fundamento. Magide Herrero, por ejemplo, es uno de ellos y afirma que esta idea o descripción del riesgo operacional *“no es otra que el riesgo y ventura en la explotación de la concesión que se ha predicado tradicionalmente de nuestras concesiones de obras y de gestión de servicios públicos (cfr. artículos 7.2 y 277 a) del TRLCSP), puesto que la explotación de la obra o el servicio es su operación, y el principio de riesgo y ventura ya exigía esa ausencia de garantía de recuperación de costes e inversiones”*. Sin embargo, admite la posibilidad de no compartir ese planteamiento y considerar *“que el riesgo operacional va más allá y que podía haber concesiones del TRLCSP que, a pesar de explotarse a riesgo y ventura del concesionario, no suponían una asunción de riesgo suficiente por el contratista”*⁵⁵⁸.

Es precisamente esto lo que en estas líneas tratamos de explicar, y es que a pesar de que algunos piensen que estamos ante un mero cambio terminológico, en mi opinión nada más lejos de la realidad, el riesgo operacional no será nuevo conceptualmente hablando pero sí introduce algo novedoso pues lo que hace es objetivar el principio de riesgo y ventura de las concesiones. Es decir, el riesgo operacional aporta una medida objetiva a la que quedaría sometido el riesgo de cada contrato para determinar con certeza si se trata en tal caso o no de una concesión. Esta vara de medir (de la que carecía el TRLCSP anterior) la constituye la exigencia introducida por la Directiva 23/2014 de que la concesión no garantice, en ningún caso, la recuperación de los costes e inversiones⁵⁵⁹. Lo

⁵⁵⁸ MAGIDE HERRERO, M., “Algunas reflexiones a la luz...”, *op.cit.*, p. 43.

⁵⁵⁹ Literalmente, la transmisión del riesgo operacional debe suponer, dice la directiva, *“la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento”*. Se trata de que exista la

anterior permite fijar los parámetros que fiscalizarán la concesión: la cuantía resultante de valorar las inversiones y costes en que hubiera incurrido el concesionario en cada caso. Dicha cuantía configurará el límite que no podrá ni igualar ni superar la parte de la remuneración que esté asegurada a la concesionaria. Mientras la remuneración fija quede por debajo de dicho límite podrá hablarse de concesión y, al contrario, cuando la iguale o supere, se estará avocado a calificar dicho contrato como uno de servicios. Así las cosas, la novedad no es simplemente la concreción del riesgo operacional en los riesgos de demanda y/o suministro⁵⁶⁰ descartando riesgos como el de disponibilidad, sino que lo novedoso es también la fijación de un parámetro objetivo sobre el que evaluar el riesgo de cada contrato para, de manera indiscutible, calificarlo como concesión o no.

No obstante, debe advertirse que aunque el concepto se concreta considerablemente y se reduce la incertidumbre, no se elimina ésta del todo puesto que las directivas matizan que, aun existiendo riesgo, si ese riesgo es tan bajo como para poder despreciarse, tampoco hablamos de concesión. Así, la exigencia de que la retribución fija o asegurada no iguale o supere el valor de las inversiones es sencilla de comprobar, pero la exigencia de que el riesgo que exista tampoco sea tan bajo como para hacer las pérdidas nominales o desdeñables imponen necesariamente un juicio valor de un concepto jurídico indeterminado: ¿Quién determina lo que es nominal o desdeñable y lo que no?

Obsérvese que la diferencia con el sistema anterior es considerable. En el TRLCSP, tanto el art. 277.a) relativo a la concesión de servicios como el art. 242.1 referente a la de obras, hablan de la ejecución de la obra o de la gestión del servicio “a riesgo y ventura” del concesionario⁵⁶¹. Bajo este régimen el legislador atribuye a la concesión un riesgo que, efectivamente, se intuye diferente al del resto de contratos ya que no se refiere a la generalidad de riesgos de la ejecución del contrato sino que se vincula a la explotación o

incertidumbre real de que la explotación pueda no resultar rentable, sin necesidad de que tenga lugar ningún acontecimiento extraordinario.

⁵⁶⁰ “*lo específico del riesgo operacional es que comporta el riesgo de demanda, de suministro o ambos*”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 50.

⁵⁶¹ El art. 277 TRLCSP establecía sin más lo siguiente:

“*La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:*

a) *Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. [...]*”

Igualmente, los arts. 7.2 y 242.1 con respecto a la concesión de obras se referían a lo mismo:

“*El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, ...*” (art.7.2 TRLSCP).

“*Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 231, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 240.2, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras*” (art. 242.2 TRLCSP).

gestión de la obra o servicio⁵⁶². Ahora bien, lo hace sin anudar a dicho riesgo de gestión ningún medida objetiva. De esta manera, se podía apreciar riesgo y ventura en cualquier actividad que consistiera en la explotación de un servicio y en el que se tuviera un mínimo de variabilidad en la remuneración derivada de la utilización. Con tal de que la retribución dependiera (no importa en qué medida) de ese elemento exterior del mercado era suficiente para calificar el contrato como de concesión. Esa es la razón por la que no era extraño considerar concesiones determinados contratos que no suponían un peligro económico de quiebra pues tenían garantizada la cobertura de las inversiones y en las que todo su riesgo se circunscribía a obtener más o menos beneficios pero, en ningún caso, a la posibilidad de que no resultara rentable⁵⁶³.

Bajo la vigencia del TRLCSP esto era viable puesto que su articulado no imponía ni una cantidad determinada de riesgo, ni un límite, ni determinaba el modo para averiguar cuándo se estaba asumiendo verdaderamente el riesgo y ventura en una concesión. La expresión “riesgo y ventura” no impedía que se pudiera tener garantizada la inversión y los costes, sino que solo exigía una cierta incertidumbre en los beneficios (pero esta variabilidad podía existir perfectamente con la inversión cubierta). Esta cuestión la analiza con detalle Hernández González quien considera, como demostraba también Villar Rojas, que las causas principales de que en nuestras concesiones tradicionales no haya existido verdadero riesgo han sido los principios de *remuneración suficiente y de*

⁵⁶² El art. 246.b) establece como obligación del concesionario: “*Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación*”.

⁵⁶³ Esta realidad la señalaba Villar Rojas ya en 2007 a propósito de un estudio detallado de la concesión en el ámbito sanitario: “*En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total [...] Es cierto que el concesionario asume algunos riesgos en cuanto al mantenimiento de las instalaciones y a la calidad de los servicios que presta, pero esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares. Poco o ningún riesgo concurre en estas concesiones, ninguno a los efectos de poder desplazar la inversión hacia la contabilidad del empresario. Lo que se describe se corresponde con un arrendamiento financiero, un préstamo del concesionario a la Administración; y, en tanto no recibe este tratamiento contable, se trata de deuda pública disfrazada”. Así mismo, apunta que “*en el caso de la concesión de gestión de servicio público sanitario, el riesgo de disponibilidad y de demanda es limitado: mejor, es equivalente al que pueda existir en cualquier contrato público de servicios, como cualquier concierto sanitario*”. En relación con los contratos de obra pública sanitaria afirma que “*en modo alguno puede desconocerse que, en todos los casos, existe un pago garantizado alrededor del 40% del precio del contrato, que, siguiendo la experiencia anglosajona, se corresponde con la inversión realizada*” y lo hace citando un estudio elaborado por el Tesoro británico en 2006 en el que se revela que del precio total de las concesiones de obras (sus llamadas ‘Project Finance Initiative’), entre el 40 y 50% retribuye los servicios mientras que el resto la inversión realizada. Vid. PFI: *strengthening long-term partnerships*, HM Treasury, marzo de 2006, p. 22 y VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de colaboración público-privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 172, 2007, pp. 169-172.*

*equilibrio financiero tal y como se configuran en el RSCL: “...en la práctica, en la concesión de servicios públicos el riesgo económico derivado de la explotación es escaso o inexistente. Esto es así en la medida que el principio de riesgo y ventura queda condicionado por la teoría clásica de los servicios públicos, que hace de la continuidad y regularidad de su prestación un elemento esencial de la misma. [...] El juego de uno u otro principio hace que, por lo general, la concesión de servicios públicos sea un contrato económicamente garantizado[...] Desde esta perspectiva, podemos decir que presenta escasas diferencias con el resto de contratos públicos”*⁵⁶⁴.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales confirma esta concepción más laxa que se tenía del riesgo de las concesiones. En su art. 126.2 b) se establece lo siguiente: *“La retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial”*. En la misma línea, el art. 129.3 afirma que : *“En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”*. Ambos preceptos revelan una clara intención por evitar la quiebra y asegurar un mínimo de rendimiento⁵⁶⁵.

El riesgo y ventura de entonces se convertía en un concepto jurídico indeterminado que se dejaba en manos de la jurisprudencia y doctrina para su valoración. De hecho, la interpretación que hace el Consejo de Estado del mismo y a propósito de la nueva ley es contundente: *“El riesgo tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada”*⁵⁶⁶. Es decir, bajo el principio de

⁵⁶⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La delimitación de los contratos ...”, *op. cit.*, pp. 483-486.

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016.

riesgo y ventura era admisible garantizar la recuperación de la inversión pero no así garantizar beneficios.

Otro de los aspectos que reflejan que el riesgo anterior (riesgo y ventura) a la nueva LCSP es menor al del nuevo régimen (riesgo operacional) se encuentra igualmente en las causas de reequilibrio económico de la concesión del RSCL entre las que se contemplan las “circunstancias sobrevenidas e imprevisibles” que determinaran la ruptura de la economía de la concesión (art. 127.2 2º b). Sin embargo, estas circunstancias no estaban incluidas en el TRLCSP ni tampoco lo están en la nueva LCSP entre las causas que integran el reequilibrio económico. El art. 290.4 LCSP solo contempla el *ius variandi*, el *factum principis*, y la fuerza mayor, relegando a una decisión jurisprudencial la posibilidad de reequilibrar el contrato por causas imprevisibles (cuya interpretación de lo más restrictiva). Pero es que, además, en la nueva ley se añade algo completamente nuevo: se especifica expresamente que el incumplimiento de las previsiones en la demanda “en todo caso” no darán lugar al reequilibrio⁵⁶⁷. Con ello parece querer descartarse la constante alusión de los concesionarios a la imprevisibilidad de la bajada de la demanda como recurso para solicitar el reequilibrio.

En resumen, mientras en el régimen anterior lo único relevante era que existiera algo de incertidumbre en la concesión sin importar exactamente cuánto, ahora la medida de la variabilidad de la retribución sí importa. Con la nueva LCSP a la concesión ya no le basta con asumir el riesgo de ganar más o menos, sino que el riesgo estará en la posibilidad, por baja que ésta sea⁵⁶⁸, de quebrar o no quebrar, de que resulte ruinoso o no el contrato. Es evidente que existe, por tanto, una diferencia entre ambos conceptos. Autores como Gimeno Feliu confirman esta idea de que el criterio del riesgo operacional implica ‘algo más’ cuando señala que éste “*no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura*”⁵⁶⁹. Sin embargo, la nueva LCSP genera

⁵⁶⁷ Art. 290.4 LCSP: “En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”.

⁵⁶⁸ Recuérdese que la jurisprudencia comunitaria actual admite que el riesgo de las concesiones sea muy bajo o limitado importándole, simplemente, que exista tal posibilidad por pequeña que sea: “es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios [...] incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios”. STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, C-206/08.

⁵⁶⁹ GIMENO FELIU, J.M., “La nueva regulación de ...”, *op. cit.*, p. 102.

cierta confusión a este respecto en su art. 254.1 cuando establece que “*Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión*”. Ese ‘además’ puede interpretarse como que uno y otro riesgo son cosas completamente diferentes, o bien –como personalmente nos inclinamos a pensar– como la necesidad de que ahora quede acreditada concretamente la transferencia del riesgo operacional (riesgo de demanda y/o suministro) sin que baste la mera alusión al riesgo y ventura tradicional asociado a la concesión para calificar el contrato como tal por “quedarse corto” y resultar un término demasiado impreciso y vago que no permitiría cumplir con las exigencias de las Directivas. En cualquier caso, de ser así, habría sido infinitamente más clarificador suprimir la referencia al riesgo y ventura de la concesión y sustituirlo por el concepto de riesgo operacional evitando de este modo confusiones también con respecto al “principio general de riesgo y ventura” de todos los contratos.

Los arts. 14.4 y 15.2 LCSP que tipifican la concesión de obras y de servicios lo hacen asentando este tipo de contrato sobre la base de un derecho de explotación más intenso que el anterior y que debe implicar “*la transferencia al concesionario de un riesgo operacional... abarcando el riesgo de demanda o el suministro o ambos*” y que se considera que se asume por el concesionario “*cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas, ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido*”. El riesgo operacional es ahora un riesgo que prohíbe la recuperación de las inversión y costes, mientras que el riesgo y ventura anteriormente anudado a la concesión lo permitía.

Así pues, más que ante un concepto totalmente nuevo nos encontramos ante una evolución del preexistente cuyas conclusiones prácticas y teóricas pueden seguir aplicándose siempre que no contradigan la nueva exigencia de la no cobertura de la inversión. El contrato de concesión es, por tanto ahora, un contrato más arriesgado que antes, menos seguro y objetivamente determinable sin necesidad de recurrir para ello a la jurisprudencia.

Si bien esta determinación o concreción del concepto podría parecer un avance, son muchas las voces que consideran totalmente inadecuada la sujeción de la actual concesión de servicios a un elemento contable como es el riesgo de la operación. Como ya se señalara en lo relativo al origen del riesgo operacional, la forma en que deben computar

los gastos de la Administración a efectos contables según la normativa SEC no debería interferir y penetrar en la tipología de contratos públicos modificando su razón de ser, como efectivamente ha ocurrido con la concesión.

3.2. Riesgo operacional y equilibrio económico-financiero del contrato

3.2.1. Compatibilidad de ambos conceptos

Una cuestión especialmente interesante es la de la compatibilidad del derecho del concesionario al reequilibrio económico del contrato con esta noción de riesgo operacional que venimos tratando. Más aun teniendo en cuenta que la Directiva 23/2014 opta por el silencio en este aspecto, relegando su discernimiento a la jurisprudencia y permitiendo, de esa manera, que en el futuro sea probablemente objeto de no pocos litigios. La cuestión no es baladí pues, como afirma Blanco López, la Directiva “*ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del ‘riesgo operacional’, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese facto como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones*”⁵⁷⁰.

Ciertamente, en la medida en que el equilibrio económico de los contratos atempera las consecuencias de las posibles situaciones de riesgo a las que se exponen los concesionarios⁵⁷¹, resulta fundamental conocer hasta qué punto puede seguir desplegando efectos sin comprometer la transferencia del riesgo operacional.

Algunos autores consideran que esta omisión de la Directiva no puede considerarse inconsciente. Dice Blanco López que “*quizás ese olvido no es involuntario ni aséptico y deba enmarcarse en el contexto de una política económica de la Unión Europea que atiende exacerbadamente al equilibrio del déficit presupuestario en los Estados Miembros*”. Sin embargo, a nuestro juicio, si bien se comprende el papel central que el

⁵⁷⁰ BLANCO LÓPEZ, F., “La directiva 23/2014 de contratos de concesión. El ‘riesgo operacional’”, *Derecho y Salud*, vol. 24, nº extraordinario con motivo del XXIII Congreso “Derecho y salud”: Sistema de salud: novedades y desafíos, 2014, p. 93.

⁵⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional”, en: *Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero e a taxa interna de retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*, Forum editora, Brasil, 2016.

Derecho comunitario ha querido otorgar al riesgo operacional en el ámbito de la concesión, éste no puede entenderse de un modo tan radical que contravenga los más básicos principios de justicia y equidad que deben presidir todo contrato⁵⁷². Es más, el reconocimiento del reequilibrio económico debido a causas imprevisibles en determinadas situaciones más que justo o lógico, es simplemente conveniente. La conveniencia del servicio público ha sido siempre uno de los criterios principales que inspiran la generalidad de las particularidades del contrato administrativo, con mayor peso incluso que los principios de equidad y justicia, y esto es algo que no se puede obviar⁵⁷³.

Ésta es la filosofía que hay detrás de las quiebras que moderan el principio de riesgo y ventura general (fuerza mayor, riesgo imprevisible, *factum principis*, *ius variandi*) y que se fundamentan en que una aplicación excesivamente estricta y rígida del riesgo y ventura de las concesiones generaría problemas en la prestación continuada de muchos servicios públicos⁵⁷⁴. Es, como apunta Albi, un derecho del concesionario que se encuentra implícito en el contrato a pesar de no figurar de manera expresa y cuyo fundamento se

⁵⁷² Recuérdese la Sentencia del Consejo de Estado francés *Compagnie Générale des Tramways* de 21 de marzo de 1910 que establecía a este respecto lo siguiente: “*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*”.

En el mismo sentido, Blanquer Criado afirma lo siguiente: “*Sucedee que la rigidez del principio de riesgo y ventura conduce con frecuencia a resultados contrarios a las más elementales exigencias de justicia y equidad (en particular cuando las recíprocas obligaciones son de ‘tracto sucesivo’), pues por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas, puede haber desaparecido el originario equilibrio económico entre las recíprocas prestaciones, que está en la base objetiva del negocio jurídico concesional. En ese contexto, con algo de superficialidad se invoca la cláusula implícita del ‘rebus sic stantibus’, par así introducir un cierto margen de elasticidad al ‘pacta sunt servanda’*”. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1268.

⁵⁷³ “*La rigidez de este planteamiento, en el contexto de una relación de larga duración, provocó la extinción anticipada de no pocas concesiones, con el consecuente perjuicio para la continuidad del servicio o actividad de interés general*”. MANENT ALONSO, L., “Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios”, en: MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (Dirs.), *La Ley de Contratos del Sector Público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 171.

⁵⁷⁴ Expone esa tensión entre el rigor dogmático y la conveniencia práctica García de Enterría en el trabajo central de referencia en esta materia: GARCÍA ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor...”, op.cit. pp. 94 y ss. En él, entre otras cosas se explica cómo esa tensión entre lo lógico-dogmático y lo conveniente en la práctica se resuelve a favor de lo segundo mediante la exoneración de ciertos riesgos al empresario.

Por su parte, Bernal Blay califica de “situación desalentadora” la exigencia demasiado rigurosa o severa del principio de riesgo y ventura. BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de ...*, op. cit., p. 272.

encuentra, según las principales corrientes doctrinales, en diversas ideas como el enriquecimiento sin causa de la Administración⁵⁷⁵ (o más bien, empobrecimiento sin causa del concesionario), la responsabilidad de la Administración ante sus actuaciones, el principio de la equidad, y la conveniencia del servicio público⁵⁷⁶.

Por ello, lo mismo podría predicarse ahora del riesgo operacional. El sentido común nos dice que, a pesar del silencio de las Directivas, las razones presupuestarias y de seguridad jurídica que hay detrás del riesgo operacional no pueden justificar una atribución automática al concesionario de todos los riesgos que uno pueda imaginar prevaleciendo de manera indiscutible dicho riesgo sobre cualquier otro valor o principio de la contratación y convirtiéndose en una máxima absoluta e irrefutable. Debe ser posible la articulación de algún sistema que permita modular el riesgo mediante algún tipo de reequilibrio en casos extraordinarios (fuerza mayor, riesgo imprevisible) o en casos imputables a la contraparte (tal y como sucede en los supuestos en que la alteración proviene de la propia Administración –*ius variandi* y *factum principis*–)⁵⁷⁷.

Así pues, no puede negarse que el equilibrio económico del contrato es una institución consolidada que forma parte incuestionable de la esencia de nuestros contratos⁵⁷⁸. Como señala Gallego Córcoles “la legislación española ha reconocido tradicionalmente el

⁵⁷⁵ Vid. REBOLLO PUIG, M., “Enriquecimiento injusto y ...”, *op. cit.* y *Enriquecimiento injusto de la Administración ...*, *op. cit.*;

⁵⁷⁶ ALBI, F., *Tratados de los modos...*, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁷⁷ Como señala Albi, estos han sido tradicionalmente los supuestos en que se ha defendido su aplicación, procedentes de dos corrientes: una más amplia que reconocía el deber de equilibrio en todas aquellas ocasiones en que el alea normal del contrato fuera alterado por una acción administrativa o por una circunstancia excepcional externa; y otra más restringida, que sólo lo contemplaba para las modificaciones que se produjeran a consecuencia de hechos realizados por la Administración, sosteniendo que para las que tuvieran origen en causas externas solamente procedería una ayuda para disminuir el déficit pero no una restitución. Cfr. ALBI, F., *Tratados de los modos...*, *op. cit.*, p. 567.

⁵⁷⁸ Díez-Picazo señala cómo la doctrina es prácticamente unánime en reconocer que la alteración sobrevenida de las circunstancias que sirvieron de base para la celebración de un contrato debe dar lugar a algún tipo de modificación en el régimen jurídico de la relación contractual. Lo que se discute es más bien el fundamento técnico, los requisitos o presupuestos de aplicación y las consecuencias de dicha modificación. Esto es, si su aplicación debe ser más o menos estricta, una regla general o algo más bien excepcional o anecdótico, pero nadie discute la necesidad de que se reconozca la posibilidad de mitigar los perjuicios causados por unas circunstancias inesperadas que sobrevienen al contrato afectándolo. Las diferentes teorías y doctrinas que se han ido sucediendo para dar fundamento jurídico a este problema (cláusula *rebus sic stantibus*, doctrina de la imprevisión francesa, teoría de la excesiva onerosidad, teoría de la base del negocio...) responden a la lógica del contrato civil pero son perfectamente predicables también del contrato administrativo, por lo que la solución del problema en los contratos de concesión no puede ser en ningún caso la de rechazar de plano el reequilibrio como hace el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Vid. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, volumen II, Thomson Civitas, 2008, pp. 1067 y 1068.

*derecho del concesionario a mantener el equilibrio económico del contrato, derecho que se ha extendido jurisprudencialmente a todo tipo de contrato público*⁵⁷⁹. En contra de lo que algunos autores llegaron a pensar⁵⁸⁰, el principio del reequilibrio se mantiene aun con la nueva concepción de la concesión. Lo que se debe debatir no es su subsistencia sino su alcance, configuración y articulación con el concepto de riesgo operacional, para evitar que sus postulados entren en conflicto y nos lleven a alguna de las desastrosas consecuencias que la práctica ha demostrado en el pasado⁵⁸¹. Para esta labor, debe partirse de la principal máxima: el equilibrio económico no debe nunca concebirse como una especie de seguro general que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa⁵⁸². Eliminar por completo el riesgo de explotación conduce no solo a un peligroso e injustificado endeudamiento de la Hacienda Pública⁵⁸³ sino que también fomenta la realización de proyectos innecesarios para los que no existe demanda real⁵⁸⁴.

Se distinguen dos corrientes, una a favor de la compatibilidad del reequilibrio con el riesgo operacional puesto que considera que se trata sencillamente de un mecanismo que devuelve al contrato al punto de partida únicamente en el caso de que se materialicen riesgos diferentes a los que comprende el riesgo propio de las concesiones; y otra en contra porque entiende que el objetivo del principio del equilibrio económico es

⁵⁷⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, 2016, p. 115.

⁵⁸⁰ Autores como Pflueger Tejero llegaron a augurar su desaparición: “Sin duda la regulación de la modificación del régimen económico de la concesión en beneficio del concesionario –el reequilibrio –, requerirá una profunda reforma. ¿Desaparece el derecho al reequilibrio? Así cabe considerarlo por distintas razones:...”. “Aspectos más destacados de las nuevas directivas sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21, enero-junio 2014, p. 144.

⁵⁸¹ Una generosa fórmula matemática para el cálculo de la compensación que garantizaría el equilibrio financiero a la concesionaria y unas optimistas predicciones del tráfico que no se cumplieron con la llegada de la crisis, nos han llevado a uno de los casos más sangrientos de ineficiencia de nuestras concesiones de infraestructuras como es el de la construcción de la autopista AP-7 en los años 2006 y siguientes, cuyo litigio a día de hoy sigue pendiente de resolución por el Tribunal Supremo y en la que la concesionaria reclama ya cerca de los 3.000 millones de euros a la Administración. Para conocer más sobre el asunto *vid.* FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del...*, *op. cit.*, p. 145 y ss.

⁵⁸² *Cfr.* ALBI, F., *Tratados de los modos...*, *op. cit.*, p. 567.

⁵⁸³ *Vid. supra* nota al pie 60 de este trabajo.

⁵⁸⁴ “Cuando se socializan las pérdidas, y las empresas no asumen riesgos, no tienen incentivos a discriminar entre los proyectos y se convierten en peligrosos emprendedores de elefantes blancos (proyectos con un valor social negativo)” GANUZA FERNÁNDEZ, J.J., “El proyecto Castor y el Premio Nobel de Economía”, Blog de economía *Nada es Gratis*, 2014. Disponible en: <http://nadaesgratis.es/j-j-ganuzael-proyecto-castor-y-el-premio-nobel-de-econom%C3%ADa> (Acceso el 14 de enero de 2019). También, *vid.* GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F., “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, *Economía Industrial*, nº 398, 2015, p. 115.

precisamente el de asegurar la no-ruina de la concesión. Veamos ambas posturas más detenidamente.

A favor nos encontramos con autores como Gimeno Feliu quien afirma que *“las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias –más bien al contrario –al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o a la debida diligencia en la planificación de la concesión. [...] El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando durante la ejecución del contrato falla el reparto de riesgos pactado”*⁵⁸⁵.

Tal y como Gimeno Feliú describe, de lo que se trataría es de reequilibrar el contrato de concesión cuando las circunstancias en las que nació el contrato hayan cambiado sustancialmente provocando un agravamiento o una mejora en el reparto de riesgos diferente al que se pactó al inicio. Nada impide devolver ese contrato al punto de partida, lo cual no supone librar al concesionario de todo riesgo ni garantizarle nada sino restablecer el nivel de riesgo que asumió en su momento, ni más ni menos. La principal máxima del riesgo operacional por la que el concesionario no puede tener garantizada la recuperación de la inversión no tiene necesariamente que quedar afectada por este reequilibrio si se hace de manera que consista en restituir la situación del concesionario a la equivalente al momento de contratar. Situación que (si se cumplió con la normativa

⁵⁸⁵ “...En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien explicara Ariño Ortiz «el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado»”. GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, Navarra, p. 147. (El subrayado es nuestro).

en dicho momento) estará abierta al riesgo operacional y no garantizará el coste de la inversión.

Esta misma interpretación es la que hace el TS: “*con las medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se trata de modificar el contrato sino, como su propio nombre indica, de mantener el mismo en las condiciones económicas en que había sido celebrado*”, de esta manera la aplicación del principio consiste en “*la adopción de unas medidas que restablezcan los derechos y obligaciones de las partes al momento de celebración inicial del contrato*” por lo que la Administración “*está cumpliendo una obligación que le ha sido impuesta legal o jurisprudencialmente, la de mantener el contrato inicial y por ello revisar aquellas cláusulas de contenido económico que sea necesario para que el contrato primitivo pueda seguir desarrollándose con el mismo equilibrio económico existente en el momento de su celebración*”⁵⁸⁶. Este punto de equilibrio inicial es, evidentemente, diferente en cada contrato por lo que también habrá de valorarse, caso por caso, en caso de ruptura o desequilibrio⁵⁸⁷.

Para averiguarlo se toma como referencia el concepto jurídico indeterminado de la ‘base objetiva del negocio’ desarrollada por Karl Larenz y que constituye el punto de referencia al que supuestamente habrá que devolver al contrato cuando dicha base se haya perdido. Como indicara este autor, sin ella la esencia del contrato se pierde al romper el sinalagma que justifica cualquier relación contractual. No nos referimos a una equivalencia material matemática entre las prestaciones pero sí a que las condiciones del contrato sean razonablemente idóneas para interesar a ambas partes. En el momento en que las circunstancias se hayan transformado de un modo tal que resulte imposible hablar de ‘contraprestación’ pues la balanza se halle totalmente desnivelada de manera que quepa afirmar que nadie habría aceptado tal pacto en dichas circunstancias, podrá afirmarse que la base objetiva del negocio se ha perdido⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ STS 1299/2016, de 2 de junio (ROJ: STS 2713/2016).

⁵⁸⁷ “...la incidencia de la cláusula «rebus» y de la imprevisibilidad sobrevenida, en atención a su intensidad, habrá de modularse, según las circunstancias, para justificar hasta qué punto y en qué forma inciden en el «cumplimiento normal» de las prestaciones del contrato. Este parece ser el criterio que se desprende de la doctrina jurisprudencial aplicable, tanto desde la perspectiva civil de la cláusula «rebus», como desde la óptica del derecho administrativo en aplicación de la doctrina del «factum principii» o del riesgo imprevisible”. STS de 17 de enero de 2001 (ROJ: STS 161/2001).

⁵⁸⁸ “[...] un contrato celebrado como ‘bilateral’ pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que ya no puede hablarse de ‘contraprestación’, de un equivalente que pueda considerarse como tal. En

Este concepto de la base objetiva del negocio lo conforman varias partidas: la amortización del **coste** de establecimiento, los **gastos** de explotación, y el **beneficio** industrial⁵⁸⁹ pero también se incluye en esa base del negocio el **riesgo operacional**, o lo que es lo mismo, la aleatoriedad en la retribución que éste implica, la posibilidad de que no se cubran los costes y se obtengan beneficios⁵⁹⁰. La base objetiva del negocio es, por tanto, ese punto de equilibrio en el que debe mantenerse la ecuación financiera de la concesión a lo largo de la ejecución del contrato, que justifica su existencia y bilateralidad, y que implica una aleatoriedad normal que se rompe cuando se asumen riesgos que no formaban parte del pacto en sus inicios porque de haberse tenido en cuenta habrían generado una oferta distinta.

Ahora bien, no opina lo mismo el Consejo de Estado quien en su Dictamen 1116/2015 sobre el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público dejó clara cual era su postura afirmando que *“la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español [...] choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen”*. Del mismo modo, en la Memoria anual de 2014/2015, señalaba que *“la nueva regulación europea obligaría al legislador a configurar de manera distinta a la existente hasta ahora el derecho del concesionario al equilibrio económico-financiero”*⁵⁹¹. Torre de Silva interpreta esta última frase no en el sentido de que los reequilibrios vayan a desaparecer por completo sino que van a desaparecer “tal y como los conocíamos hasta el momento” pero dando por hecho su continuidad⁵⁹².

Esta divergencia de posturas radica en la diferente concepción que se tiene de este principio. Mientras para unos el equilibrio económico es la posibilidad de mantener estable un mismo nivel de riesgo pactado, restableciendo la situación no cuando el riesgo

semejante supuesto ha de afirmarse que ‘la base’ de todo contrato ha desaparecido”. LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción de Fernández Rodríguez, C., Comares, Granada, 2002, p. 122.

⁵⁸⁹ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., pp. 1275 y 1277.

⁵⁹⁰ “[...] debe precisarse a renglón seguido que la aleatoriedad de la retribución que percibe el concesionario es un elemento consustancial del sinalagma genético de la relación obligatoria, y que el riesgo y ventura forma parte de la base objetiva del negocio jurídico concesional”. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1278.

⁵⁹¹ Memoria anual del Consejo de Estado 2014/2015, aprobada el 20 de diciembre de 2016, pp. 370-372.

⁵⁹² TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., “El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir), *Anuario de Derecho Administrativo 2017. Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, 2017, p. 671.

pactado se materialice sino solo cuando el riesgo pactado cambie y se agrave o mejore, volviendo, dadas las nuevas circunstancias, el contrato uno mucho mas arriesgado o mucho más beneficioso, es decir, un contrato diferente que sería injusto y contraproducente que se rigiera por las condiciones iniciales pues ello no haría sino alejar al inversor privado⁵⁹³; para la postura contraria el reequilibrio en las concesiones es el mantenimiento de la rentabilidad planteada en el estudio económico financiero durante la ejecución del contrato, es decir, entiende este instrumento como *“una forma de colaboración entre las partes para la consecución de un mismo fin”* que es el servicio público. Su fundamento *“se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella”* y *“como consecuencia de ello, el equilibrio económico en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas”*. Y he aquí la clave de su oposición: si bien el equilibrio económico, como se indica en el propio Dictamen *“tiene su límite natural en el riesgo y ventura”* también es cierto que este riesgo, a su vez, *“tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada”*.

Este entendimiento del reequilibrio halla su origen en cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo quien, años atrás, compartía la misma interpretación: *“su alcance, según la doctrina más reiterada del Tribunal Supremo, aunque no pueda ser considerada como unánime, y de la que es exponente la Sentencia de 11 de julio de 1978, comporta una coparticipación o asunción parcial del riesgo por la Administración y el concesionario sin que la aportación de aquélla alcance al íntegro resarcimiento de los beneficios que se dejen de obtener sino que tiende a proporcionar una indemnización adecuada para eliminar el riesgo de ruina de la empresa y a la articulación de un sistema de equilibrio*

⁵⁹³ “[...] con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato”; “No reconocer tal opción para el reequilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos”. GIMENO FELIÚ, JM., *El nuevo paquete legislativo...*, op. cit., pp. 148 y 150.

traducido en un reparto de las consecuencias desfavorables”⁵⁹⁴. Es decir, que “*no puede convertirse en una garantía a posteriori de los beneficios de la empresa*”⁵⁹⁵ pero sí de la recuperación de la inversión.

En el mismo sentido, la STS 25 de abril de 1986 que sentaba las bases del alcance que debía tener esa compensación establecía lo siguiente:

*“[...] la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”*⁵⁹⁶.

Es decir, que para esta corriente el reequilibrio económico de la concesión, en tanto en cuanto está pensado para ayudar a conseguir prestar un servicio público debidamente, no solo permite sino que busca garantizar la inversión del concesionario para evitar que quiebre, identificando el riesgo y ventura característico de la concesión solamente con el riesgo de ganar más o menos, o con el riesgo de no ganar nada, de no obtener ningún beneficio pero en ningún caso lo identifica con el riesgo de quebrar.

Dado que el nuevo concepto de riesgo operacional obliga a que exista la posibilidad real de no recuperar la inversión, consideran contrarios e incompatibles ambos conceptos. Así lo consideraba el Consejo de Estado al afirmar que el esquema tradicional “*se ve radicalmente modificado [...] a resultas de la incorporación de las previsiones de la Directiva 23/2014*” por lo que “*la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales*”.

No obstante, a nuestro juicio, ante esta oposición de parte de la doctrina, habría que hacer dos matizaciones en su contra: en primer lugar, una en referencia al ‘cuándo’ procede la aplicación del reequilibrio económico y, en segundo, otra en lo que concierne al ‘cuánto’ debe reequilibrarse, y que básicamente pueden resumirse en que el principio del equilibrio

⁵⁹⁴ STS de 18 de octubre de 1984 (RJ:1984/5000)

⁵⁹⁵ STS de 14 de marzo de 1985 (RJ: 1985/1592)

⁵⁹⁶ STS 424/1986, 25 de abril (ROJ: STS 10792/1986)

económico nunca podrá producir los efectos de un seguro o garantía absoluta pues se trata de una medida *excepcional* y de un remedio *parcial*⁵⁹⁷.

Cuándo procede la aplicación del reequilibrio

Con respecto a en qué casos procede, el riesgo operacional parece exigir que solo sea ante riesgos que se produzcan en condiciones de funcionamiento que **no sean normales**. Tal y como señala el apartado segundo del art. 5 b) de la Directiva “*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión*”. Si el riesgo operacional opera en condiciones normales de funcionamiento, el reequilibrio podrá entonces tener lugar en condiciones “anormales” de funcionamiento. Como indica Gallego Córcoles “*puede deducirse, a contrario, que si una circunstancia imprevisible quiebra la “normalidad” de las condiciones de explotación de la obra o servicio, las consecuencias del desequilibrio dejan de situarse exclusivamente en la órbita del concesionario*”⁵⁹⁸.

Esto casa con la teoría clásica de los ‘aleas’ comerciales comentada por Albi⁵⁹⁹, y sostenida y desarrollada también por Ariño Ortiz, según la cual se distingue: un *álea comercial ordinario* que constituye el riesgo de explotación por excelencia del concesionario y que no cabe mitigar en ningún caso (lo que ahora se identificaría con el riesgo existente en condiciones normales de funcionamiento de la Directiva), y un *riesgo comercial garantizado* que es aquel que sobrepasa unos límites máximos tanto de pérdidas como de beneficios que se consideran sacrificios o venturas extraordinarios y que por ello han de compartirse con la Administración (que se identificaría con el riesgo existente en condiciones anormales de funcionamiento)⁶⁰⁰. Por lo tanto, guiándonos por

⁵⁹⁷ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., pp. 1278 y 1279.

⁵⁹⁸ Sobre dicha cuestión, además, afirma: “[...] *en contra de lo que han defendido otros autores, no puede afirmarse que la Directiva sobre concesiones desconozca el principio del mantenimiento económico de la concesión. Más bien lo acota. Esta interpretación, a mi juicio, estaría reforzada por el considerando 18 y el artículo 5 b), que insisten en que la transferencia del riesgo se realiza en condiciones “normales” de funcionamiento*”. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Circunstancias externas...”, op. cit., p. 129.

⁵⁹⁹ Cfr. ALBI, F., *Tratados de los modos...*, op. cit., p. 567.

⁶⁰⁰ “*el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios*

el tenor del art. 5 b) y del considerando 18 de la Directiva, en principio las exigencias del riesgo operacional desplegarían efectos en tanto en cuanto se mantengan esas “condiciones normales de funcionamiento”; por el contrario, cuando estas condiciones fallen, la concesión podrá reequilibrarse.

Nuestra Ley positiviza y concreta cuándo se considera que se producen estas condiciones anormales de funcionamiento en las que cabe el reequilibrio en el art. 290.4⁶⁰¹: i) casos de *ius variandi*, esto es, modificaciones del contrato unilaterales, ii) supuestos de *factum principis*, y iii) casos de fuerza mayor señalados en el art. 239. A ellos habría que sumar aquellos supuestos que encajaran en la doctrina jurisprudencial del riesgo imprevisible (que sí tiene, recuérdese, reconocimiento legal para el ámbito local en el RSCL⁶⁰²)

Si bien hubo un tiempo en que, fruto de una malinterpretación del RSCL, se consideró automática la aplicación del equilibrio económico para cualquier trastorno de la ecuación económica (Fernando Albi fue uno de los que con mayor fervor señaló el absurdo de configurar este principio como un seguro gratuito y criticó duramente varios de los preceptos del RSCL de los que se desprendía tal conclusión)⁶⁰³, es doctrina consolidada

extraordinarios por encima del máximo calculado” ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios...*, op. cit., p. 70.

⁶⁰¹ Art. 290.4 LCSP: “Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una **modificación** de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando **actuaciones de la Administración Pública concedente**, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de **fuerza mayor** las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley”.

⁶⁰² Art. 127.2 2º b) RSCL. A este respecto, señala Villalba Pérez que “Aunque el TS se inclina claramente por la admisión del riesgo imprevisible como causa de reequilibrio, sigue sin resolverse de forma inequívoca si el impacto de la crisis económica, en forma de menos demanda en el servicio, constituye esa circunstancia sobrevenida no previsible que subvierte la economía de la concesión por causas ajenas a las partes, dando lugar a una compensación a cargo de la Administración concedente. Hecho que indudablemente genera inseguridad jurídica”. VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/21/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA*, nº2, 2014, p. 82.

⁶⁰³ “Efectivamente, si en esa norma reglamentaria aislamos algunos preceptos, como el artículo 126.2 (que impone mantener el equilibrio “en todo caso”) o el artículo 152.3 del RSCL/1955 (del que resulta que “siempre” que exista desequilibrio deben revisarse las tarifas), puede sacarse la errónea conclusión de que la obligación de restablecer el equilibrio es automática, porque es exigible siempre que la base económica de la concesión experimente cualquier turbulencia o desajuste. [...] Poco después de aprobarse esta norma reglamentaria, Fernando Albi criticó con severidad las conclusiones absurdas a las que se llegaba a partir de una lectura aislada de los artículos 126.2 y 152.3 del RSCL/1955. [...] Ocurre que el RSCL/1955 fue interpretado y aplicado en el sentido de establecer una garantía general y automática de restablecimiento de una supuesta ‘equivalencia’ económica de las recíprocas prestaciones contractuales,

desde hace tiempo que únicamente procede en aquellos casos en que se dé una verdadera “ruptura de la economía” derivada bien de “circunstancias sobrevenidas e imprevisibles”⁶⁰⁴ o bien de actuaciones de la Administración (*ius variandi/factum principis*). Es decir, situaciones de riesgo graves y extraordinarias, la primera; o intencionadas, las segundas, que en ningún caso cabría identificar con las “condiciones normales de funcionamiento” a las que se refiere la Directiva para poder imputar la responsabilidad de las consecuencias del riesgo operacional a la concesionaria. Por ello puede decirse que la aplicación del principio de equilibrio económico no es incompatible con las exigencias del riesgo operacional.

Cuánto procede reequilibrar

Una vez aclarado que el ‘cuándo’ no vulnera el riesgo operacional puesto que solo se reconoce el reequilibrio en casos de “anormal” funcionamiento, a continuación correspondería conocer cuál es el límite hasta el que puede llegar el ‘quantum’ del reequilibrio.

Para empezar debe tenerse presente que no en todos los casos de reequilibrio la compensación que se produce es total. La doctrina tradicional del riesgo imprevisible ha considerado siempre que las consecuencias derivadas de una circunstancia extraordinaria de la que ninguna de las partes es culpable solo implica una compensación parcial⁶⁰⁵, a diferencia del principio del equivalente económico derivado del *factum principis* y del

siempre que no se hubiese acreditado la negligencia o la torpeza gestora del concesionario del servicio público.” BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., pp. 1264 y 1265.

ALBI, F., *Tratados de los modos...*, op. cit., p. 569: “[...] En virtud de estos últimos preceptos el principio del equilibrio financiero parece transformarse; deja de ser una fórmula excepcional, para convertirse en una garantía normal de los intereses del concesionario, en un verdadero seguro gratuito que cubriría al mismo de todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la Administración pública, quedando así desvirtuada la esencia misma de la concesión, la cual entraña, como hemos visto, que el concesionario se haga cargo de los riesgos de modo exclusivo, por lo cual hay que considerar como inoperantes las mencionadas normas [del RSCL] en pugna con los principios generales de eterna justicia, y que conducen a consecuencias absurdas que no pueden prevalecer, según declara en general la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

⁶⁰⁴ STS de 21 de febrero de 1998 (ROJ: STS 1170/1998).

⁶⁰⁵ Vid. *supra*. pp. 98 y 101 de este trabajo. Se trata de una doctrina favorable a la compartición de dichas consecuencias por las partes para su mitigación pero no comporta una recuperación de las inversiones en el sentido de que constituya una garantía de beneficios o una especie de seguro gratuito para la concesionaria. STS 1285/1987, de 9 de octubre (ROJ: STS 6277/1987): “el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la ‘res’ pública, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”.

ius variandi en el que se prevé la reparación total. Se pueden dar por lo tanto dos tipos de reequilibrios: aquellos que solo reparan parte del daño causado de manera que no devuelven al contrato exactamente al estado inicial sino a uno un poco más desequilibrado que el original pero no tanto como podría haber llegado a ser (mitigación); y aquellos que lo reparan íntegramente devolviendo al contrato a lo que sería la situación de la que se partía, como si nada hubiera pasado.

En el primero de los casos no es posible reclamar más allá de la *parte anormal* de la pérdida, más allá de lo extraordinario, por lo que la parte de las pérdidas que pudiera considerarse el álea comercial normal al que se expone todo concesionario no sería compensada: “*la compensación debe ser parcial, y limitarse únicamente al incremento del coste del servicio o a la incidencia de los hechos sobrevenidos en las amortizaciones*”⁶⁰⁶, el reequilibrio “*debe reservarse a la ‘aleatoriedad anormal’, atípica e imprevisible que determina una ruptura o quiebra radical de la base objetiva del negocio jurídico*”⁶⁰⁷.

Según esto, en muchos de los supuestos en que se aplica el principio del equilibrio no se cubriría la inversión porque parte de la pérdida seguiría siendo asumida por el concesionario, solo se aminorarían los daños, por lo que no se contravendría el riesgo operacional. Ya lo afirmaban entonces Villar Palasí y Villar Ezcurra: “*La conclusión unánimemente aceptada, de que el desequilibrio financiero que trae causa del ‘riesgo imprevisible’ no da derecho a una ‘indemnización integral’ sino a una suerte de reparto de sus consecuencias negativas entre la Administración y el concesionario es una muestra palpable de que se quiere llegar al núcleo de la cuestión atemperando lo que, de otra forma conduciría a una situación inadmisibles de privilegio (el ‘aseguramiento gratuito’ del concesionario contra toda contingencia)*”⁶⁰⁸.

Pero es que, en nuestra opinión, ni siquiera en el caso de mayor alcance (reparación total en los casos de *factum principis/ius variandi*) puede afirmarse que se esté contradiciendo el riesgo operacional. Como hemos señalado anteriormente, lo que prohíbe la Directiva es que la concesionaria tenga garantizada la inversión en condiciones normales, por lo que, *sensu contrario*, cuando las condiciones no sean normales (por ejemplo, cuando

⁶⁰⁶ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1272.

⁶⁰⁷ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1278.

⁶⁰⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, "Artículo 98. Principio...", op.cit., p. 727.

tenga lugar un riesgo verdaderamente imprevisible o cuando la actuación de la Administración afecte al contrato) sí podría estar garantizada la recuperación de la inversión y costes, y estaría plenamente justificada, incluso, la reparación integral.

En cualquier caso, si el equilibrio económico no supone “*una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del pacta sunt servanda (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado*”⁶⁰⁹, lo que habrá que hacer es analizar cómo debe hacerse esa limitación para no alterar la idea del riesgo.

Si el riesgo es ahora (con el riesgo operacional) más estricto que antes (riesgo y ventura), habrá entonces simplemente que adaptar también el límite del reequilibrio, de manera que en lugar de situar el mismo en la “no pérdida” (pudiendo llegar hasta la recuperación de la inversión como sucedía antes) solo pueda ahora aminorar la pérdida y nunca asegurar la inversión. Pero las bases para el reconocimiento, aplicación y eficacia jurídica del equilibrio económico no deben ponerse en duda con la aparición del riesgo operacional pues siguen intactas a pesar de que el concepto de riesgo se haya endurecido. No existe impedimento alguno para la inaplicación del “*pacta sunt servanda*” o del “*contractus lex*” en virtud de las otras reglas fundamentales del “*rebus sic stantibus*” o de la “doctrina del riesgo imprevisible” que permiten la revisión de lo pactado precisamente por la desaparición de las circunstancias en que se fraguó el pacto o contrato⁶¹⁰.

Así pues, no podemos negar la virtualidad de este principio en la nueva concesión, ni ignorar su existencia como parecen pretender las directivas que ni siquiera lo mencionan. Por ello, a nuestro juicio, deben rechazarse aquellas corrientes que en algún momento han defendido que el principio del equilibrio económico debería tener menos peso o interpretarse de un modo especialmente restrictivo cuando no se presten servicios

⁶⁰⁹ Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 16.

⁶¹⁰ “*Sucedee que la rigidez del principio de riesgo y ventura conduce con frecuencia a resultados contrarios a las más elementales exigencias de justicia y equidad (en particular cuando las recíprocas obligaciones son de ‘tracto sucesivo’) pues por circunstancias imprevisibles y sobrevenidas puede haber desaparecido el originario equilibrio económico entre las recíprocas prestaciones que está en la base objetiva del negocio jurídico concesional. En ese contexto, con algo de superficialidad se invoca la cláusula implícita del ‘rebus sic stantibus’ para así introducir un cierto margen de elasticidad al ‘pacta sunt servanda’*”. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1268.

públicos por tratarse de un principio que halla su razón de ser en la necesidad de mantener la continuidad de estos⁶¹¹. Así, dado que ahora no tienen necesariamente por qué prestarse servicios públicos a través de la concesión, según esta postura podría defenderse que si su principal justificación (el servicio público) desaparece, su utilización también debería hacerlo debiendo, por lo tanto, invocarse tal principio solamente en aquellos supuestos en que razones de servicio público así lo exijan y anticipando una especie de decadencia del principio en la nueva concesión. Esta es la postura de autores como Blanquer Criado: *“Finalmente, hay que destacar que el derecho al mantenimiento del equilibrio económico sólo corresponde a los ‘concesionarios de servicios públicos en sentido estricto’ [...] En consecuencia, si se quiere ser técnicamente riguroso, no procede aplicar el principio del mantenimiento del equilibrio económico a la prestación por un tercero de servicios deportivos o culturales, u otras ‘concesiones de servicio en sentido impropio (como por ejemplo, el servicio de cafetería, copistería, limpieza de las instalaciones públicas u otras prestaciones parecidas o similares)’*”⁶¹².

No podemos estar de acuerdo con esta postura pues, como ya se ha mencionado, si bien el mantenimiento de la continuidad de los servicios públicos domina la contratación pública y es la causante de la unánime aceptación de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible en dicho ordenamiento⁶¹³ no puede ignorarse que, en general, el equilibrio económico de los contratos halla su razón de ser en los principios de equidad, justicia y buena fe, así como de enriquecimiento injusto, siendo todos estos principios de aplicación a cualquier contrato, incluido, por supuesto, el civil. De hecho, en contraposición a la corriente de Blanquer, es precisamente en el ámbito civil en el que el principio del equilibrio económico ha desplegado un mayor desarrollo (a pesar de que en él mismo no tiene ninguna incidencia la noción de servicio público) a través de la cláusula *rebus sic*

⁶¹¹ “No obstante, el principio de riesgo y ventura -que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública- cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura”; “Ambas nociones –riesgo y ventura y equilibrio económico financiero- no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones; con una mayor intensidad en las del servicio público y mixtas de obra y servicio público”. Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 del Consejo de Estado.

⁶¹² BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1281.

⁶¹³ “El elemento esencial que provoca la aparición de la teoría es, por consiguiente, la idea de servicio público, idea que se incorpora al contrato y llega a dominarlo”. HAURIU, M., “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIII, nº 148, 1926, p.2.

*stantibus*⁶¹⁴ que, como se sabe, hace referencia al mantenimiento de la intangibilidad del contrato “mientras estén así las cosas”, lo cual indudablemente revela una conexión con la teoría de la imprevisión que justifica la ayuda de la Administración al concesionario en caso de que se produjera un cambio de las circunstancias totalmente inesperado e injusto que trastocara la economía del contrato.

Y es precisamente a este respecto que resulta interesante destacar la diferente evolución que han experimentado sendos principios en sus respectivos ordenamientos. Mientras la aplicación del principio de equilibrio económico en el contrato administrativo en virtud de la doctrina del riesgo imprevisible es considerada una excepción que debe ser interpretada y aplicada de manera restrictiva, la cláusula *rebus sic stantibus*, en la actualidad, a partir de ciertas sentencias del TS⁶¹⁵, experimentó un cambio significativo hacia la apertura y normalización de su aplicación. Si bien su reconocimiento jurisprudencial era, hasta entonces, también más bien anecdótico y restrictivo por el carácter peligroso y cauteloso de la figura⁶¹⁶, el Alto Tribunal, tomando como referencia la teoría de la base del negocio de Larenz⁶¹⁷, moderó desde la STS 333/2014, de 30 de junio el régimen de la cláusula *rebus*, favoreciendo su aplicación⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Sobre la cláusula *rebus*, vid. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 971 y ss; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la ‘rebus sic stantibus’ a la alteración extraordinaria de circunstancias”, en: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, 2014, pp. 141-214; CANDIL CALVO, F., *La cláusula rebus sic stantibus* (Estudio de derecho español), Madrid, 1946.

⁶¹⁵ Destacan las SSTs 333/2014, de 30 de junio (ROJ: STS 2823/2014) y 591/2014, de 15 de octubre (ROJ: STS 5090/2014) así como otras anteriores que ya marcaban el camino SSTs 820/2013, de 17 de enero (ROJ: STS 1013/2013) y 822/2012, de 18 de enero de 2013 (ROJ: STS 679/2013).

⁶¹⁶ Así lo señala la STS 591/2014, de 15 de octubre (ROJ: STS 5090/2014) con base en la STS de 23 de abril de 1991 que es tomada como referente jurisprudencial en la aplicación restrictiva de la cláusula *rebus sic stantibus*: “la concepción tradicional de esta figura referenciada a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de ‘peligrosa’ o ‘cautelosa’ admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: ‘alteración extraordinaria’, ‘desproporción desorbitante’ y circunstancias ‘radicalmente imprevisibles’; caso de la Sentencia de esta Sala, de 23 de abril de 1991, que es tomada por la Audiencia como referente jurisprudencial para declarar la inaplicación de la cláusula *rebus*”.

⁶¹⁷ LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y ...*, op.cit.; ESPERT SANZ, V., *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.

⁶¹⁸ “en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura [...] en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una caracterización plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura

Según esto, y tal y como reconoce el Tribunal, la crisis económica “*puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias*”. Y añade que “*no parece [...] se le pueda imputar, exclusivamente, [a la contratista] la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que [...] su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que ‘razonablemente’ se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado*”⁶¹⁹. Esta nueva doctrina, más laxa, supuso una novedad de importante calado pues el carácter previsible o imprevisible de la crisis económica ha sido motivo de litigio desde hace años entre las partes contratantes que se disputan la imputación de dicho riesgo. Con esta sentencia, el TS descartó, por primera vez con claridad, que la crisis económica sea una circunstancia cíclica que haya que prever en todo caso el contratista sin que importen las peculiares características y el alcance que la misma pueda tener en el contexto económico contractual en el que incide⁶²⁰.

Así pues, la reformulación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ordenamiento civil debe caracterizarse desde entonces por: a) una imprevisibilidad menos exigente que no debe enjuiciarse desde la perspectiva de una “abstracta posibilidad de producción de la alteración” sino que basta con que dicho examen se haga de manera que, ajustándose a la casuística, permita analizar la razonabilidad de su previsión de acuerdo a las concretas características y alcance de la circunstancia en ese supuesto y contexto específico; b) una excesiva onerosidad también menos intensa que rompa la equivalencia de las prestaciones entre las partes pero que se considera suficientemente probada en el supuesto de “un resultado reiterado de pérdidas” (inviabilidad económica) o cuando dé lugar “a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio”⁶²¹; y c) una clara preferencia por la modificación del contrato frente a la extinción o rescisión. Se aparta, por tanto, el foco del *grado de imprevisibilidad* del riesgo en sentido abstracto para ponerlo en la

de la base económica del contrato con la consiguiente excesiva onerosidad por la parte contractual afectada”. STS 333/2014, de 30 de junio (ROJ: STS 2823/2014).

⁶¹⁹ *Idem*

⁶²⁰ Para una mayor profundización sobre la incidencia de la crisis económica en la inmutabilidad de los contratos, *vid.* FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2017, XXXIII, pp. 63-98.

⁶²¹ STS 333/2014, de 30 de junio (ROJ: STS 2823/2014). Atrás quedaron expresiones de la doctrina tradicional como “desproporción exorbitante”, “aniquilación del equilibrio” o “circunstancias radicalmente imprevisibles” que reflejaban un extremismo que hoy se trata de moderar para favorecer la aplicación de la cláusula. STS de 17 de mayo de 1957 (ROJ: STS 127/1957)

incidencia de esa imprevisibilidad en la ecuación económica del contrato concreto para así sopesar si la misma resulta razonable. De manera que no se trata tanto de fijarse en si era previsible o no, como en si la crudeza, gravedad e impacto de la crisis (o riesgo de que se trate) son lo suficientemente destacables como para considerarlo imprevisible.

Este matiz, que resulta de gran relevancia, es fruto, tal y como indica la citada sentencia, de una tendencia generalizada a favor de la normalización y reconocimiento de este problema de la aparición de circunstancias imprevisibles y sobrevenidas en el seno de los contratos⁶²² que se manifiesta en los principales textos de armonización en materia de interpretación y eficacia de los contratos como son los Principios Unidroit, los Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil⁶²³.

Con todo, llama poderosamente la atención que, sin embargo, en el ámbito del contrato administrativo siga interpretándose la doctrina del riesgo imprevisible de manera estricta. La propia STS 333/2014 señala cómo la Sala Tercera del mismo Tribunal también ha aplicado en algunos supuestos⁶²⁴ la teoría de la imprevisión en el contrato público pero lo cierto es que, a pesar de dichas excepciones, en general en estos contratos la doctrina ha experimentado una menor apertura, tal y como refleja el Dictamen 684/2013 del Consejo de Estado⁶²⁵ que para determinar la aplicación del riesgo imprevisible utiliza expresiones como “riesgo patológico y desmesurado” o “quiebra radical”.

⁶²² Sobre la modificación sobrevenida de las circunstancias del contrato en general (y no solo sobre la cláusula *rebus*) vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho ...*, op. cit. pp. 1055 y ss.

⁶²³ “En sede de cláusula *rebus*, la jurisprudencia proyectaba la exigencia de ‘radical imprevisibilidad’ no sólo sobre el cambio de circunstancias, sino además sobre sus consecuencias [...] El proyectado art. 1213 es mucho más moderado, pues se limita a exigir que la ejecución ‘se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato’”. SALVADOR CODERECH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4/2009, p. 27. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf (Acceso el 18 de enero de 2019).

⁶²⁴ En contratos afectados por la crisis del petróleo y en su repercusión en el incremento extraordinario de los ligantes asfálticos así como en algunos contratos afectados por la crisis económica.

⁶²⁵ Dictamen Consejo de Estado 684/2013: “la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual (dictámenes 3.205/2003, de 20 de noviembre, y 635/2005, de 5 de mayo). Es por tanto esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible

La conexión entre ambas doctrinas es evidente pero su rigurosidad es diferente. Esta diferencia puede que se deba a la firme intención de la Administración y jurisprudencia de hacer prevalecer el principio de riesgo y ventura en aras, probablemente, de la certeza y seguridad presupuestaria de nuestra Hacienda Pública. El tiempo dirá si la normalización de la doctrina está por llegar también a los contratos públicos pues como indican algunos autores tal posibilidad no debe descartarse “*dada la tendencia a la expansión que es consustancial a la doctrina de la citada sala [Sala primera del TS] así como la tendencia del Derecho público de nutrirse de los principios propios del Derecho privado, máxime en materia contractual*”⁶²⁶. No obstante, algunos autores no dudaron en expresar su rechazo a tal ampliación. Tal es el caso de Carrasco Perera para quien dicho cambio jurisprudencial era “*como eliminar para siempre la regla de vinculatoriedad de los contratos y mantener abierta una continua lucha por la adaptación interesada del reparto de riesgos*”⁶²⁷.

3.2.2. Novedades de la nueva LCSP con respecto al reequilibrio: las previsiones de demanda, el riesgo regulatorio y la cláusula de progreso.

Por último, a pesar de la confianza de ciertos autores que esperaban por fin encontrar recogido formalmente en la nueva Ley el régimen de esta doctrina jurisprudencial del riesgo imprevisible⁶²⁸, nuestro legislador prescinde, al igual que lo hace el legislador comunitario, de pronunciarse a este respecto contemplando únicamente el

compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

⁶²⁶ SANTAMARIA PASTOR, J., VÁZQUEZ COBOS, C., PALMA FERNÁNDEZ, J.L. y CUESTA DE LOÑO, P., “La nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus* y su eventual aplicación a la contratación pública”, Grupo de contratos del sector público nº 62, Gómez Acebo y Pombo. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-nueva-configuracion-de-la-doctrina-rebus-sic-stantibus-y-su-eventual-aplicacion-a-la-contratacion-publica-gcsp-n-62.pdf> (Consultado el 9 de enero de 2017)

⁶²⁷ Sobre su crítica al respecto y sobre la cláusula *rebus* en general: *vid. Derecho de contratos...*, *op. cit.*, pp. 1006-1011 y 971 y ss; y “Sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina ‘*rebus sic stantibus*’. No moderación de la cláusula penal por abandono del arrendatario, pero disminución de la renta como consecuencia de la crisis de mercado del sector de la hostelería”, *Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil*, nº 98, 2015.

⁶²⁸ Gimeno Feliú no lo ocultaba cuando decía: “*Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la transposición (de hecho nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero– a las inversiones que exigen este tipo de contratos [...] aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior ‘judicialización’ con las incertidumbres que comporta)*”. GIMENO FELIÚ, JM., *El nuevo paquete legislativo...*, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

restablecimiento del equilibrio económico de la concesión en los tres supuestos tradicionales y manteniendo prácticamente el mismo tenor del art. 282.4 del TRLCSP⁶²⁹.

No obstante, se añaden algunas novedades al principio del equilibrio económico que merece la pena mencionar. Una de ellas es la relativa al incumplimiento de las previsiones de demanda que tantos quebraderos ha traído consigo después de una era de excesivo optimismo. La nueva ley incorpora en el último párrafo del art. 290.4 un precepto que genera gran inseguridad: “En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”. El problema que se plantea es que si se interpreta dicho precepto de un modo radical y tajante quedaría vedado el reequilibrio financiero de las concesiones en gran cantidad de supuestos ya que el precepto no distingue entre las causas del incumplimiento de la previsión de demanda, esto es, de las bajadas de la misma. Ésta, en efecto, puede producirse debido a la aleatoriedad normal que abarca el riesgo operacional y que se imputa al concesionario en todo caso, pero puede también provenir de una conducta de la Administración o de un riesgo imprevisible en cuyo caso, es de justicia reconocer el reequilibrio.

El legislador obvia en este punto que no todos los desequilibrios se deben a un incremento de los costes sino también a una bajada de la demanda, por lo que no puede prohibirse, de modo genérico y sin distinción, que un incumplimiento en la previsión de la demanda pueda dar lugar al reequilibrio⁶³⁰. De hecho, tal interpretación podría contravenir los supuestos recogidos en los párrafos anteriores de ese mismo artículo. Así por ejemplo, en concesiones en las que una Administración construye unas vías colectoras paralelas a la calzada principal disminuyendo directamente el tráfico de ésta última, una interpretación

⁶²⁹ Art. 290. 4 LCSP: “Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley”.

⁶³⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., “El contrato de concesión de obra pública: novedades de su régimen jurídico”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 206, 2018, pp. 352.

descontextualizada y literal del precepto mencionado entendería que esta bajada de la demanda no debería reequilibrarse ya que el precepto citado establece que “en todo caso, no existirá derecho...” cuando, sin embargo, es un supuesto de *factum principis* reconocido por nuestro Tribunal Supremo⁶³¹ que, por supuesto, llevará aparejada una reparación del perjuicio causado. Aunque las bajadas en la demanda son un riesgo típicamente responsabilidad de la concesionaria (principal riesgo operacional) no lo es de manera absoluta cuando la causa es imputable a la Administración o tiene su origen en un riesgo totalmente imprevisible. Así pues, parece que el párrafo del art. 290.4 LCSP debe entenderse, más bien, en el sentido de que la mera invocación del incumplimiento de la previsión de demanda no es, ni mucho menos, causa de reequilibrio por si sola.

Por otra parte, el inciso 6 del art. 290 introduce la posibilidad de que el concesionario desista del contrato, sin derecho a indemnización, cuando alguna de las siguientes situaciones conlleven un incremento de los costes que hagan el contrato “extraordinariamente oneroso”:

- i) la incorporación (por estar obligado a ello legal o contractualmente) de las exigencias derivadas del progreso de la técnica que mejoren la prestación notoriamente (cláusula de progreso)
- ii) la aprobación de una disposición general por una Administración diferente a la concedente con posterioridad a la formalización del contrato (riesgo regulatorio).

Son dos las cuestiones controvertidas en este punto. La primera es el límite a partir del cual el legislador considera ‘extraordinariamente oneroso’ una determinada medida, situándolo en el incremento (en términos anuales) de los costes en al menos un 5% de la cifra de negocio de la concesión por el periodo que reste hasta su conclusión. Lo llamativo es que se recurra a un umbral objetivo para todos los casos sin tener en cuenta las diferentes balanzas económicas y ciclos que puede tener cada concesión. En la práctica, tal y como señala Martínez Calvo, dicho 5% puede llegar a ser una cifra verdaderamente alta teniendo en cuenta que se calcula sobre la facturación de la concesión, lo que significa que puede el concesionario estar fácilmente por debajo de dicho margen aun teniendo un incremento de los costes realmente grave. Sin embargo, si dicho incremento de los costes

⁶³¹ STS de 2 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5331/2015).

derivado del cumplimiento de la cláusula de progreso o del reglamento en cuestión no alcanza ese 5% de la facturación, el concesionario debe asumir todas las consecuencias de dicha onerosidad sin paliativos al quedar fuera del supuesto de exoneración contemplado en la norma, lo que podría tener consecuencias fatales⁶³².

El segundo aspecto insólito es que no se prevea ningún tipo de indemnización o compensación, siquiera parcial, para el caso de que sí se supere el 5% citado, siendo la única posibilidad la de desistir del contrato, sin más, o la de asumir las consecuencias⁶³³. Más aun si se tiene en cuenta que estos riesgos se encuentran incluidos en el inciso 6 del artículo 290 que lleva por título: “Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico”. Es decir, el legislador los incluye en el artículo previsto para los supuestos de reequilibrio pero no le concede dicha posibilidad. Para Tornos Mas, sin embargo, ésta es una solución que no considera injusta sino lógica que permite al contratista poner fin a la carga de sus pérdidas, sin que ello le comporte penalización alguna, pudiendo hacer lo que en ocasiones desea que es “*devolver las llaves a la administración para que ésta se haga cargo del servicio sin sufrir penalizaciones. Abandonar un negocio que le ha resultado ruinoso*”. Por su parte, la Administración “*evitará que el servicio acabe prestándose de forma deficiente en perjuicio de los usuarios*”⁶³⁴.

Ahora bien, en caso de desistimiento habría que distinguir, como ha venido haciendo la doctrina tradicional francesa, entre supuestos de responsabilidad contractual (ej. adaptación a los avances de la técnica que vinieran determinados en el clausulado del

⁶³² MARTÍNEZ CALVO, J., “El contrato de concesión...”, *op. cit.*, p. 353.

⁶³³ Explica Martínez Calvo, muy acertadamente en nuestra opinión, que dicha conclusión de prescindir de cualquier tipo de indemnización puede ser grave y debería corregirse vía pliegos, y lo hace muy ilustrativamente a través de un ejemplo: “*No tiene ningún sentido que, como parece indicar su tenor literal, por ejemplo, en el año 10 de una concesión licitada a 30 años y con una inversión de 200 millones de euros, una nueva normativa en relación a medidas de seguridad en túneles (por ejemplo) exige una inversión de más de ese 5% citado anteriormente, la única alternativa para la concesionaria es renunciar al contrato sin recibir indemnización alguna*”. Sobre este aspecto también se pronuncia Gimeno Feliu, quien resalta los posibles efectos adversos de la no previsión de reequilibrio económico ante determinados supuestos de adaptación a la técnica del momento: “*Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR*”. GIMENO FELIU, J.M., El nuevo paquete legislativo..., pp. 148-149.

⁶³⁴ TORNOS MAS, J., “El contrato de concesión...”, *op. cit.*, p. 1481.

contrato) y supuestos de responsabilidad extracontractual⁶³⁵ (ej. cambios normativos de otra Administración que le causen al concesionario algún perjuicio) pues como señala Baño León, en el primer supuesto *“la regulación legal es equilibrada, pues al estar previsto en el contrato se concilia la necesidad de adaptación y los derechos del contratista”*. Sin embargo, cuando se trata de cambios normativos *“la solución legal no excluye, en nuestra opinión, la posible responsabilidad extracontractual de la Administración autora de la disposición frente al contratista, cuando el desistimiento le haya irrogado perjuicios que no tenga la obligación de soportar, como puede ser el caso prototípico de todas las inversiones amortizadas”*⁶³⁶.

Por tanto, a pesar de que el art. 290.6 en su último apartado afirma que la resolución por desistimiento del contratista en estos casos *“no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes”*, existe la posibilidad de que en algunos de los supuestos (cambios normativos de una Administración diferente a la concedente) se obtenga una indemnización. No será una indemnización derivada de la relación contractual pero nada impide que la aprobación de disposiciones generales posteriores al contrato (con indiferencia de que consistan o no en la incorporación de las últimas novedades técnicas) sean objeto de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambio normativo cuando pueda verdaderamente probarse la existencia de un daño antijurídico o, en caso de que el cambio se produzca mediante ley, cuando pueda defenderse el carácter *cuasi expropiatorio* del daño, dadas las exigencias actuales para la RPA en dichos casos⁶³⁷.

Al margen de esta posible indemnización extracontractual, cabe plantearse también si deben descartarse, ante el desistimiento, los habituales efectos que se le atribuyen a las resoluciones del contrato por causas no imputables a la Administración. Según el art. 295.1 *“Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que*

⁶³⁵ Conferencia BAÑO LEÓN, J.M., “Nueva LCSP. Régimen de modificación de los contratos”, min. 29:03. Disponible: <https://www.youtube.com/watch?v=7okeax-Ji4>, (consultado el 25 de septiembre de 2018)

⁶³⁶ BAÑO LEÓN, J.M., “El modificado de los contratos”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 1357 y 1358.

⁶³⁷ *Idem*.

resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281 [procedimiento de subasta]”. Pero es que entre las causas de resolución contempladas para el contrato de concesión de servicios del art. 294 no se encuentra el desistimiento, y en el art. 290.6 tampoco se especifica si la prohibición de indemnización por desistimiento incluye también la subasta de la concesión, por lo que no queda claro si en caso de optar el concesionario por el desistimiento en caso de exceso de onerosidad del art. 290.6, tendrá derecho a percibir la cuantía resultante de subastar la concesión o no.

Ninguno de estos dos riesgos (cláusula de progreso, riesgo regulatorio) conforman el riesgo operacional y son, sin embargo, circunstancias que pueden poner a la concesión en verdadero peligro ya que son riesgos que el concesionario no puede controlar ni mitigar (al contrario de lo que sucede con el de demanda y suministro en los que si bien el concesionario no puede controlarlos por completo sí puede influir en ellos). Resulta sorprendente que haya acaparado toda la atención la introducción del concepto de riesgo operacional cuando, sin embargo, la conjunción de estas dos cuestiones convierten la concesión en un contrato de lo más arriesgado pues la única salida para no asumir el exceso de onerosidad en dichos supuestos es el desistimiento para el que, además, se prevé un umbral demasiado alto que no amparará muchas situaciones de gran impacto económico. Con la ley anterior (TRLCSF), al no existir esta previsión era posible intentar solicitar una indemnización contractual por la vía de la doctrina del riesgo imprevisible en aquellos casos en que pudiera argumentarse la extraordinariedad e imprevisibilidad de la medida regulatoria o de progreso. Esta vía ahora queda vedada al haberse positivizado el régimen a aplicar en dichos casos.

Por otra parte sorprende que el legislador haya optado por atribuir estos dos tipos de riesgo (regulatorio, obsolescencia) al concesionario (dándole solamente la posibilidad de desistir el contrato en condiciones muy estrictas) en lugar de atribuírselo a la Administración como se ha defendido por parte de la doctrina habitualmente. Así por ejemplo, Gimeno Feliu, considera que el *factum principis* debería englobar cualquier decisión administrativa o legislativa (es decir, riesgo regulatorio) y lamenta que no se

haya ampliado dicha regulación⁶³⁸. Igualmente, tanto la Comisión Europea⁶³⁹ como Eurostat han apostado por su atribución a la Administración concedente y su exclusión del riesgo operacional: “*Con carácter general, se afirma que los riesgos jurídicos y políticos (como es el riesgo regulatorio) y los derivados de fuerza mayor deben ser asumidos por la entidad contratante. En esta línea, la Decisión del Eurostat nº 18/2004 considera riesgos que pueden recaer en los gobiernos (y, por lo tanto, no forman parte del concepto de riesgo operativo) los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente. Por su parte, en opinión de la Comisión Europea, están excluidos del riesgo operacional, además de los riesgos de construcción [...], y de los riesgos de gestión [...], los riesgos puramente financieros [...], los riesgos regulatorios[...] y los riesgos de obsolescencia técnica*”⁶⁴⁰.

A mi juicio, esta atribución de riesgos al concesionario (que recordemos no viene impuesta por el nuevo régimen comunitario) conllevará una repercusión en el precio contraria a los principios presupuestarios que deben regir nuestra contratación pública.

3.2.3. En particular, el reequilibrio económico derivado de los modificados (*ius variandi*). El nuevo régimen de los modificados.

Si bien el restablecimiento del equilibrio está permitido en casos de *ius variandi, factum principis*, fuerza mayor y doctrina del riesgo imprevisible, nos detendremos en los próximos apartados únicamente en el primero de ellos, dado que es el único de los supuestos que ha sufrido novedades con la nueva Ley de contratos. Así, analizaremos con

⁶³⁸ GIMENO FELIU, J.M., “La nueva regulación de ...”, *op. cit.*, p. 125, nota al pie 197. Lavilla Rubira también señala cómo ni la jurisprudencia ni la doctrina se han pronunciado en términos uniformes a este respecto citando sentencias como la STS de 16 de mayo de 2011 (ROJ: STS 3125/2011) a favor de que solo se consideren *factum principis* los desequilibrios provocados por la Administración contratante, frente a la STSJ de la Comunidad Valenciana 1577/2006, de 2 de octubre (JUR 2007\118432) que entiende incluidas también las actuaciones de otras Administraciones diferentes. En cualquier caso, para Lavilla Rubira “*si parece razonable entender que existirá el deber de restablecer el equilibrio económico en el supuesto de que las actuaciones determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato procedan de una entidad instrumental dependiente de aquella*”. “Régimen jurídico de la concesión de obras”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 1430.

⁶³⁹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, nota al pie 12.

⁶⁴⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, *op.cit.* p. 340, nota al pie 51.

detalle el nuevo régimen de modificados previsto así como algunas cuestiones relacionadas con el mismo y con la transferencia del riesgo operacional.

Como señalábamos al comienzo de este apartado, la prerrogativa del *ius variandi* como potestad de la Administración para modificar unilateralmente un contrato es el principal rasgo definidor de la contratación pública. Su justificación radica en la imposibilidad de que el interés público al que deben servir todos los contratos quede constreñido por el clausulado, diferenciándose así notoriamente del régimen privado donde impera la regla general de la inmutabilidad del contrato⁶⁴¹. Esta facultad de modificación constituye, según el art. 290.4 a) LCSP, causa para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, junto con la causa de *factum principis* y de la fuerza mayor.

El régimen de los modificados ha sido hasta ahora objeto de una continua y creciente preocupación comunitaria por su capacidad de alterar y falsear la competencia en los procedimientos de licitación⁶⁴², vulnerando el principio fundamental de libre concurrencia en la selección de los contratistas⁶⁴³. Esta potencial incidencia de los modificados en las exigencias de contratación impuestas por las Directivas (además de la libre concurrencia, también la igualdad de trato, la no discriminación y la transparencia) es la causante de que no sea ésta una facultad ilimitada ni mucho menos, sino que únicamente deba reconocerse de modo excepcional en determinados supuestos tasados e interpretados restrictivamente⁶⁴⁴. Como en todo, no es fácil encontrar el punto de

⁶⁴¹ GIMENO FELIU, J.M., “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en: *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, p. 107.

⁶⁴² Sobre esta “irrupción progresiva” del derecho comunitario en la prerrogativa del *ius variandi* vid. BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, nº1, 2012, pp. 141-151 y CANO CAMPOS, T., “La nueva Ley de contratos del sector público...”, *op. cit.*, p.52 y ss.

⁶⁴³ Baste, para entender este fenómeno, la explicación de Gimeno Feliu: “frente a cierta idea extendida de que los contratos públicos –principalmente de infraestructuras y concesiones- “están vivos” y necesitan reajustarse a las nuevas circunstancias, en muchos casos la modificación sirve para “corregir” la falta de diligencia o capacitación del gestor, o para adjudicar directamente nuevas prestaciones, a precios elevados a contratistas predeterminados, [...] lo cierto es que, en esencia, un contrato bien diseñado y planificado, a la vista del progreso técnico, no puede estar sometido a la inercia de la regla de la modificación del contrato”. GIMENO FELIU, J.M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del Sector Público, 2 mayo 2016, *Observatorio de Contratación Pública*, p. 2. Disponible en: www.obcp.es

⁶⁴⁴ Así se reconoce de manera indubitada por la doctrina y jurisprudencia. Vid. PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 484. Dictámenes 79/1993, 1508/1993, 1629/1991, del Consejo de Estado, entre muchos.

equilibrio que permita flexibilizar los contratos lo suficiente como para adaptarlos adecuadamente a las necesidades del interés público pero, al mismo tiempo, impida que se haga una práctica abusiva que lesione otro bien jurídico a proteger como es la libre concurrencia. Así pues, tal y como se verá unas líneas más adelante, el presupuesto de partida debe ser negativo: en principio, cualquier modificación ‘sustancial’ del contrato deberá entenderse prohibida salvo en los supuestos señalados.

Ahora bien, antes de conocer los pormenores del nuevo régimen de modificaciones debe tenerse presente que lo que interesa en este punto no es ahondar en la influencia que esta prerrogativa puede tener a efectos de competencia sino analizar si es posible que mediante la modificación del contrato se vea comprometido el riesgo operacional que debe asumir todo concesionario, en tanto en cuanto pudiera justificarse, con el modificado, una alteración del equilibrio económico a favor del concesionario tal que garantizara la recuperación de la inversión.

No es descabellado hacerse este planteamiento, tal y como apunta Blanquer Criado, especialmente cuando la posibilidad de que la modificación provenga del mutuo acuerdo entre las partes: *“hay circunstancias en que ese pacto bilateral o mutuo acuerdo puede simular la concurrencia de razones de interés general, que aparentemente justificarían la modificación del contrato, pero que en realidad sólo legitiman artificialmente una revisión del régimen retributivo del gestor del servicio público”*⁶⁴⁵. Desde esta perspectiva o mirada crítica nos interesa abordar el estudio del régimen de modificaciones que a continuación pasaremos a explicar.

El régimen de modificaciones introducido por las últimas Directivas y traspuesto a nuestro ordenamiento con la Ley de Contratos del Sector Público supone un paso más a favor de la protección de la competencia en detrimento de la flexibilidad de los contratos, teniendo en cuenta que nuestra Ley no ha hecho sino aumentar innecesariamente su rigidez⁶⁴⁶. La máxima sobre la que se articula el régimen general de modificaciones es la

⁶⁴⁵ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1056.

⁶⁴⁶ En este sentido, Baño León señala lo siguiente: *“la nueva normativa sobre modificación de los contratos públicos, que si bien se sigue configurando como potestad de la Administración Pública, de espaldas a la realidad, supone el mantenimiento de una rigidez extraordinaria para abordar los modificados de los contratos, que resultan ser tratados como elementos sospechosos tanto por afectar a la libre competencia como poder ser un cauce de corrupción política”. [...] muchos de los preceptos de la ley han sido redactados sin tener en cuenta la compleja realidad contractual pública [...] en nada va a beneficiar al interés público, ni al principio de buena administración en el manejo de los recursos públicos que nuestra*

siguiente: Toda modificación sustancial de un contrato que se pretenda realizar durante su ejecución requerirá de una nueva licitación salvo que se den unos supuestos tasados. Su origen se encuentra en la doctrina consolidada del TJUE y así ha sido positivizado por las nuevas Directivas⁶⁴⁷.

No obstante, en los documentos preparativos de las Directivas se pretendió diferenciar la facultad de modificación cuando lo fuera de una concesión optando en dicho caso por una mayor flexibilidad en base, fundamentalmente, a la mayor duración de este tipo de contratos que los expone a una mayor incertidumbre y necesidad de adaptación. Así lo propuso el Parlamento en una de sus enmiendas pretendiendo que la modificación concesional se considerara la regla general y su nueva licitación, la excepción. La literalidad de la enmienda propuesta decía así: *“Una concesión podrá ser modificada durante su ejecución mediando un acuerdo adicional salvo que las modificaciones sean sustanciales”* y lo justificaba en que dicho cambio era necesario para aclarar que la modificación concesional debía ser *“el principio general”* y las nuevas licitaciones fruto de modificaciones que fueran sustanciales se considerarían *“exclusiones”* (excepciones)⁶⁴⁸.

No opinaron lo mismo la Comisión y el Consejo quienes tumbaron tal posibilidad, manteniendo el tenor originario y fijando un solo régimen para todo tipo de contratos que, en contra de las pretensiones del Parlamento, parte de la idea de que la modificación de un contrato (incluida una concesión) es algo excepcional.

ley sea mucho más rígida que las Directivas mismas. Y es más que dudoso que esa rigidez añada un ápice de garantía a la lucha contra la corrupción y a la defensa de la libre competencia”. BAÑO LEÓN, J.M., “El ‘modificado’ de ...”, *op. cit.*, pp. 1345 y 1346.

⁶⁴⁷ Art. 72.5 de la Directiva 24/2014 sobre contratación pública: *“Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2”*. Y muy similar, el art. 43.5 de la Directiva 23/2014 sobre concesiones: *“Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de una concesión, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2”*.

⁶⁴⁸ Enmienda 224 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva de concesiones, de 1 de febrero de 2013. Así mismo, la enmienda 54 refuerza esta concepción que el Parlamento pretendía introducir del *ius variandi* como regla general: *“Cualquier concesión vigente podrá ser modificada mediante un acuerdo adicional [...] Sin embargo, se requerirá una nueva adjudicación en caso de que se trate de cambios materiales a la concesión inicial que demuestren la intención de las partes de renegociar términos o condiciones esenciales de esa concesión”* (Traducción propia).

Como bien indica Gallego Córcoles, la cuestión de si la modificación es la regla general o la excepción no es baladí pues *“si la posibilidad de modificar el contrato es, como defendemos, la excepción y no la regla, habrá de ser interpretada de forma estricta, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE en materia de excepciones a las Directivas sobre contratación pública”*⁶⁴⁹.

Así pues, queda ahora por analizar dos cuestiones fundamentales: qué se considera una modificación sustancial y en qué casos concretos se permite, a pesar de tal calificación, la modificación del contrato⁶⁵⁰.

La sustancialidad de la modificación ha sido definida doblemente. Primero de un modo general como toda aquella modificación que *“tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio”*⁶⁵¹. Es lo que se conoce como “alteración de la naturaleza global del contrato inicial” que autores como Baño León consideran conceptos equivalentes⁶⁵² y que nuestra LCSP considera que tiene lugar *“si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato”*. Por el contrario, *“No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual”*. Pero la cuestión es que la Directiva se centra en, además, ofrecer una definición más detallada y considera tendrá lugar una modificación sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes (art. 43.4):

- a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes o la aceptación de ofertas diferentes, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;
- b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;

⁶⁴⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, en: GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial (2015), Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 27.

⁶⁵⁰ Vid. CANO CAMPOS, T., “La nueva Ley de contratos del sector público...”, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁵¹ Art. 43.4 Directiva 23/2014.

⁶⁵² BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi*...”, *op. cit.*, p. 144.

- c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión⁶⁵³;
- d) cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos⁶⁵⁴.

Sentado lo anterior, nuestra LCSP, adoptando el régimen general establecido en las Directivas pero de un modo, como veremos, aún más estricto, recoge en sus arts. 204 y 205 los supuestos concretos en los que excepcionalmente permite modificaciones de este tipo (sustanciales). Será solamente en dos supuestos bien diferenciados: 1º) cuando las modificaciones estén previstas en los pliegos y 2º) cuando las modificaciones no estén previstas pero cumplan los requisitos establecidos en el art. 205.

1º) Modificaciones previstas en los pliegos

El art. 204 LCSP establece que los contratos se podrán modificar cuando se hubiere advertido expresamente de esa posibilidad en los pliegos. Eso sí, con la observancia de los siguientes requisitos:

- a) que la cláusula de modificación esté formulada de forma clara, precisa e inequívoca, de manera que su alcance, límites y naturaleza estén descritos con suficiente detalle, y las condiciones de las que dependa su aplicación puedan apreciarse de manera objetiva, de tal modo que permita a los candidatos comprender su alcance exacto y al órgano de contratación verificar su cumplimiento⁶⁵⁵.
- b) que en ningún caso altere la naturaleza global del contrato⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Se considera que éste se amplía cuando: a) la modificación supera la cuantía del 15% del precio inicial en el contrato de obra, o del 10% en el resto de contratos y b) cuando supere los umbrales de regulación armonizada establecidos para cada tipo de contrato en los arts. 20 a 23 de la LCSP.

⁶⁵⁴ Esta excepción sin embargo podemos mantenerla al margen en tanto en cuanto supone una modificación subjetiva del contrato, y nuestro análisis se centra únicamente en las modificaciones objetivas del mismo.

⁶⁵⁵ El art. 204.1 b) LCSP además precisa que “la cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”.

⁶⁵⁶ Lo cual, recuérdese, sucede cuando “se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato”. Por el contrario, “No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual”. Así lo aclara el propio art. 204. 2 LCSP.

c) que la modificación no suponga un alteración de más del 20% del precio inicial⁶⁵⁷ por cada modificado⁶⁵⁸.

2º) Modificaciones no previstas

Por su parte, el art. 205 recoge los supuestos en que es posible una modificación sin que esté prevista en los pliegos del contrato.

a) Cuando fuera necesario⁶⁵⁹ añadir una prestación adicional siempre que:

i) El cambio de contratista no fuera posible por razones económicas o técnicas⁶⁶⁰.

ii) La modificación aislada o conjuntamente no suponga una alteración supere el 50% del precio inicial⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Obsérvese que nuestra norma restringe el ámbito de la modificación considerablemente a alteraciones de un máximo del 20% del precio inicial cuando la directiva lo permitía hasta el 50%. Algunos autores como Baño León consideran esta limitación incomprensible pues tiene como consecuencia alzaprimar la libre concurrencia “*pero a costa de gravar innecesariamente a la hacienda pública, es decir a los contribuyentes*” y sin reparar “*suficientemente en las garantías de publicidad y el control del recurso especial*” que la norma prevé. “*Si la Directiva que ordena los mercados públicos de todos los países de la Unión ha considerado que el 50% del importe del contrato es la barrera lógica para armonizar libre competencia y eficacia de la Administración, carece de lógica económica que el Ordenamiento español no aproveche ese margen de flexibilidad. Lo que sí han hecho todos los países de nuestro entorno, comenzando por los dos económicamente más poderosos, Alemania y Francia, los cuales en sus respectivas leyes de transposición han llegado hasta el límite del 50% por cada modificado*”. BAÑO LEÓN, J.M., “El ‘modificado’...”, *op. cit.*, pp. 1350 y 1351.

⁶⁵⁸ Si bien la ley no señala expresamente si el límite cuantitativo es por cada modificado o para todos los modificados considerados conjuntamente, debe entenderse que lo es por cada uno de ellos de manera individual pues, al contrario, el art. 205. 2. a). 2ª, sí restringe expresamente el límite cuantitativo al 50% “aislada o conjuntamente”, por lo que, al no establecer esta restricción el art. 204.1, queda patente que la voluntad del legislador es la de limitar cada una de las modificaciones y no el conjunto de las que puedan darse. BAÑO LEÓN, J.M., “El ‘modificado’...”, *op. cit.* p.1350.

⁶⁵⁹ Codina García-Andrade señala una cuestión que, como el mismo indica, pasa fácilmente desapercibida y que es la referida al concepto de “necesidad” ¿Qué se entiende por necesario? Lo necesario para seguir ejecutando el contrato como estaba previsto o lo necesario para cumplir el interés general. Éste último caso es más amplio y permitiría la modificación por motivos de oportunidad. *Vid.* “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, p. 127.

⁶⁶⁰ A este respecto, la propia ley aclara qué tipo de circunstancias éstas: “*por ejemplo, obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista*”. Art. 205.2 a) 1º LCSP.

⁶⁶¹ De nuevo, nuestro legislador opta por ser más estricto de lo que son las propias directivas al considerar el límite del 50% de alteración del precio como un límite que afecta al conjunto de varias modificaciones

b) Cuando la necesidad de modificación derive de circunstancias imprevisibles y sobrevenidas⁶⁶², siempre que:

i) no se altere la naturaleza global del contrato,

ii) la modificación no suponga una alteración que supere, aislada o conjuntamente, el 50% del precio inicial.

c) Por último, cuando las modificaciones no sean sustanciales, para cuya determinación nos remitiremos a lo ya expuesto⁶⁶³.

De todo lo anterior se desprende que, aunque solo sea en los supuestos señalados (salvo, evidentemente el último), sí es posible llevar a cabo una modificación sustancial de la concesión⁶⁶⁴. Si atendemos a lo que la propia directiva en su art. 43.4 considera que es una modificación sustancial (aquellas que hubieran tenido incidencia en el proceso de licitación, que amplíen considerablemente el ámbito del contrato, que alteren el equilibrio a favor del contratista, que alteren la naturaleza global del contrato o que sustituyan al contratista) podríamos llegar a la conclusión de que entonces en estos casos excepcionales se pueden llevar a cabo modificaciones de este calado y con estas consecuencias. Es decir, en caso de resultar necesaria la realización de prestaciones adicionales o en circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es posible “ampliar considerablemente el ámbito del contrato” pues en ambos supuestos la Ley permite la alteración de hasta el 50% del precio inicial (mucho mayor del 15 y 10% que la Ley marca como límite entre lo sustancial y no sustancial). También sabemos que en dichos casos muy probablemente se estén introduciendo condiciones que habrían supuesto alteraciones en el procedimiento de adjudicación ya sea en el número de solicitantes, en la presentación de ofertas, o en la selección del contratista. Ahora bien, siguiendo ese mismo razonamiento, estrictamente hablando, ¿podría defenderse que también pueden alterarse tanto el equilibrio económico

que pudieran darse en lugar de aplicarse “al valor de cada una de ellas” como permite la directiva en su art. 43.1.

⁶⁶² Esta imprevisibilidad debe ser entendida como aquellas “*circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever*”. Art. 205.2 b) 1º LCSP.

⁶⁶³ Vid. lo señalado acerca de la sustancialidad de una modificación. Vid. *supra*. pp. 273 y ss.

⁶⁶⁴ “*Tanto es así que parece que se permite una modificación sustancial del contrato siempre y cuando tenga su origen en uno de los supuestos habilitantes*”, CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva...”, *op.cit.*, p. 126. También, GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos ...”, *op. cit.*, p. 28: “*Puede sorprender que de lectura literal de las normas se desprenda que en determinadas circunstancias, podrán introducirse modificaciones sustanciales al contrato*”.

a favor del contratista como la naturaleza global del contrato? ¿o son estos aspectos que, a diferencia de los anteriores, son infranqueables aun en los supuestos tasados?

Para empezar, la alteración de la naturaleza global de un contrato mediante una modificación consistente en añadir prestaciones adicionales necesarias a pesar de ser algo que no está prohibido expresamente como sí se hace tanto en el caso de circunstancias imprevisibles como en el de modificaciones previstas en los pliegos, no parece que pueda sostenerse. Según algunos autores como Gallego Córcoles la prohibición de alterar la naturaleza de un contrato es una barrera infranqueable y absoluta pues “*está implícita en la naturaleza de la prestación y en el límite cuantitativo previsto*”⁶⁶⁵. Señala la autora que “*desde una perspectiva cualitativa, se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial, a la que se suman o añaden*”⁶⁶⁶. Si se trata de prestaciones ‘adicionales’ no podrán alterar la naturaleza, es decir, no podrán sustituirla por otro tipo de prestación diferente sino solo añadir más de lo mismo o incrementar la ya existente pues no otra cosa cabría entender si no por “adicional”. Queda, por tanto, descartada la posibilidad de alterar la naturaleza global del mismo mediante una modificación, a pesar de que ésta pueda ser sustancial por otros motivos. Es decir, será sustancial por ampliar el ámbito o por haber distorsionado el procedimiento de licitación pero no por alterar su naturaleza.

Con respecto, a la segunda posibilidad que señalábamos de que una modificación basada en alguno de los supuestos tasados pudiera servir de pretexto para alterar el equilibrio económico a favor del contratista, la respuesta debe también ser negativa. A pesar de tampoco estar expresamente prohibida tal posibilidad debe sencillamente descartarse por contravenir frontalmente el contenido del principio del equilibrio económico del contrato que se asienta sobre la idea de mantener la ecuación económica del contrato estable en el tiempo y ello sin duda supone tanto proteger al contratista de potenciales pérdidas que pudieran derivar de modificaciones impuestas como atenuar las mejoras que por la misma razón le beneficiasen. Además, algunos autores consideran que la alteración del equilibrio a favor del contratista debe considerarse una alteración de la naturaleza global del contrato⁶⁶⁷, límite éste como se sabe infranqueable por cualquier modificación. Un

⁶⁶⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos ...”, *op. cit.*, p. 28, nota al pie 76.

⁶⁶⁶ *Ibidem* p. 38.

⁶⁶⁷ La alteración de la naturaleza global del contrato se producirá: “*ya sea mediante la alteración del objeto del contrato, ya sea cuando se rebasen determinados límites cuantitativos, y ya sea también, aunque*

motivo más por el que el reequilibrio favorable al contratista no sería posible en ningún caso.

El mantenimiento del equilibrio económico del contrato se ha reconocido tradicionalmente por nuestro legislador y jurisprudencia hasta el punto de ser considerado un auténtico principio general de la contratación pública⁶⁶⁸. Su desarrollo lo encontramos en el art. 127.2 2º del todavía en vigor Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 que establece como deber de la Administración “*mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*”.

Así pues, la modificación de un contrato es el ejemplo paradigmático de activación del principio del equilibrio económico. A ello se refiere Codina García-Andrade en su trabajo sobre los modificados que, por su claridad expositiva, pasamos a reproducir:

“El efecto económico de mayor importancia que trae consigo la modificación del contrato es la necesidad de compensar, e indemnizar en su caso, ante la nueva situación que se plantea. [...] Estos dos conceptos –compensación e indemnización– deben ser tratados de de manera diferente. Siguiendo a Ariño, mientras la compensación se refiere al equivalente que debe satisfacerse por una prestación, la indemnización se refiere a la responsabilidad por daños. Así, la potestad de modificación unilateral dará lugar a la compensación cuando introduzca nuevas prestaciones, pero no tiene por qué dar lugar a la indemnización. Ésta sólo surge cuando se haya generado un perjuicio que el contratista no tenía el deber de soportar. Por tanto, la indemnización de daños y perjuicios, tiene por objeto precisamente daños y perjuicios nacidos en el seno de la relación contractual. Esta indemnización, que se mueve en la órbita del interés

expresamente no se refleje en las directivas, si se altera el equilibrio del contrato a favor del contratista, pues este equilibrio es obviamente parámetro decisivo del desenvolvimiento del procedimiento de licitación” (subrayado nuestro) GALLEGO CÓRCOLES, I., “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, 2016, p. 135.

⁶⁶⁸ Vid. *supra*. pp. 247 y ss de este trabajo.

contractual positivo, no es más que la obligación de que el acreedor se encuentre en la misma situación que se hubiese encontrado de haberse ejecutado el contrato conforme a lo establecido”⁶⁶⁹.

El objetivo, por tanto, de ambas figuras es, en efecto, lograr que el contratista no sufra las consecuencias negativas que pudieran derivarse para él de la modificación del contrato (imposición de nuevas prestaciones o daños y perjuicios causados). Ahora bien, como resulta lógico, solo habrá de recurrirse a ellas (compensación o indemnización) cuando la modificación le resulte perjudicial precisamente como instrumento para devolver la ecuación al punto de origen pactado. Cuando las consecuencias le sean positivas la ecuación deberá equilibrarse a favor de la parte contraria, esto es, de la Administración, ya que de lo contrario no estaríamos haciendo otra cosa que desequilibrar la balanza. Si esto no se hiciera, y no se corrigiera el desequilibrio favorable al contratista, podría quizá estar dejándose sin efecto la transferencia del riesgo operacional pues la reducción de la onerosidad del contrato podría cubrir unas pérdidas que debería asumir siempre el concesionario en virtud del riesgo operacional. Pero como decimos, nuestra Ley disipa estas dudas al introducir en el art. 290.4 (también contemplado en el antiguo art. 282.4 del TRLCSP) que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato “*en beneficio de la parte que corresponda*”, lo que supone que deba equilibrarse a favor de la Administración cuando, por ejemplo, una modificación por causas imprevisibles sustituya una prestación determinada por una solución técnica menos costosa para el contratista. Cuando así suceda, el reequilibrio deberá producirse a favor de la Administración tal y como también contempla el ya mencionado art. 127.2 2º del RSCL.

Por tanto, no cabría sostener que desde el punto de vista jurídico (al no existir prohibición expresa) es factible favorecer económicamente al concesionario (y de ese modo poner en entredicho la asunción del riesgo operacional) tras una modificación sustancial. Al contrario, el principio del equilibrio económico del contrato despliega efectos en ambos sentidos por lo que esta facultad no solo estará restringida a los supuestos y condiciones tasadas en la ley sino que también estará sometida al principio del reequilibrio económico de los contratos cuyo fundamento impide tal interpretación. Así las cosas, “*la prohibición de que la alteración del equilibrio económico sea en beneficio del contratista no puede*

⁶⁶⁹ CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 495 y 496.

establecerse como prohibición del reequilibrio de la concesión sino, en términos clásicos, como alteración de la ecuación económico-financiera del contrato”⁶⁷⁰.

3.2.4. La duración del contrato de concesión

a) La incidencia de la ampliación del plazo sobre el riesgo operacional

A continuación dedicaremos algunas líneas a analizar dos cuestiones relevantes en torno a la duración de la concesión: 1º) la incidencia que tiene utilizar la duración de una concesión como instrumento a través del cual reequilibrar un contrato que ha sido previamente modificado, y 2º) la ampliación de la duración como objeto de una modificación sustancial en sí misma.

Como bien indica Hernández González *“un aspecto importante de la concesión de servicios, vinculado con la equivalencia de las prestaciones y con la transferencia del riesgo operacional, es el relativo a la duración de la relación contractual”*⁶⁷¹. Esto se debe, como indica dicho autor, a que si bien plazos excesivamente largos pueden limitar el acceso de nuevos operadores al mercado, plazos muy reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones contraviniendo el principio de remuneración suficiente del concesionario. Según este principio, consagrado en el art. 29.6 la duración máxima de la concesión *“no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”*. Es decir, ha de ser el tiempo suficiente para recuperar las inversiones y obtener un beneficio razonable pero sin excederse de manera que la duración sea tan larga que equivalga a garantizar la compensación de las inversiones y de los costes. Esto sí quedaría prohibido por la exigencia de la transferencia del riesgo operacional.

Así las cosas, la duración establecida desde el origen del contrato importa y mucho, no solo a efectos de la libre competencia, sino también del riesgo operacional que es lo que concretamente más nos interesa. En tanto en cuanto esa duración puede ser determinante para la materialización de la transferencia del riesgo operacional, resulta también

⁶⁷⁰ BAÑO LEÓN, J.M., “El ‘modificado’...”, *op. cit.* p.1353.

⁶⁷¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, *op.cit.* p. 326.

conveniente conocer y controlar que, suponiendo que la determinación de la duración en los pliegos es la adecuada, no tengan lugar ampliaciones del plazo posteriores durante la ejecución de la concesión que desactiven lo originariamente establecido, tal y como sucedería si se optara por un sistema de prórrogas laxo.

Una ampliación del plazo concesional puede materializarse en dos formas: como prórroga para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando éste se haya visto previamente afectado fruto de una modificación, o como objeto mismo de una modificación por necesidad de la Administración contratante que necesita ampliar la duración del contrato, es decir, justificado en el interés general. Así puede interpretarse del art. 203.1 que señala que *“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207”*. Por lo que el plazo puede ampliarse como resultado de aplicar los arts. 29.6 y 290.5 que permiten la ampliación de la duración para reequilibrar el contrato en supuestos concretos, y como resultado de modificar el contrato cuando se cumplan los requisitos.

- Ampliación del plazo como mecanismo de reequilibrio:

De la estricta literalidad del art. 290.5 de la nueva Ley parece desprenderse que la Administración dispone de cierto margen de discrecionalidad para elegir la fórmula que considera adecuada a la hora de restablecer el equilibrio económico del contrato: *“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”*.

A pesar de ello, nuestra doctrina se ha mostrado generalmente reacia al restablecimiento del equilibrio económico mediante la ampliación del plazo de

duración de la concesión⁶⁷². Los informes de la JCCA 12/06 y 07/06 de 24 de marzo, remitiéndose al Informe de la misma Junta 47/98, de 17 de marzo de 1999, señalaban que para poder admitir la prórroga o ampliación del plazo concesional para mantener el equilibrio en los supuestos de modificación en el caso concreto de las autopistas de peaje había sido necesaria una reforma de la ley concreta que era de aplicación que lo admitía expresamente, por lo que únicamente será posible en los supuestos en que lo prevea la normativa que resulte de aplicación, descartando su aplicación análoga a otras concesiones de gestión del servicio público como el de agua potable, por ejemplo⁶⁷³.

No obstante, si bien ese rechazo tradicional era comprensible hasta la Ley 30/2007 pues entonces la norma únicamente preveía como mecanismo de reequilibrio la compensación económica del concesionario, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, el reequilibrio se abrió a más de una fórmula, pero sin embargo, los pronunciamientos de nuestros tribunales y órganos consultivos a favor de la ampliación del plazo siguieron siendo más bien escasos⁶⁷⁴ con afirmaciones tan inciertas como las realizadas en más de una ocasión por la JCCA al apuntar que *“la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente*

⁶⁷² “Se ha de advertir que las previsiones del ordenamiento sobre la prórroga en la concesión de los servicios públicos están previstas para asegurar la continuidad en la prestación y no para reequilibrar económicamente un contrato alargando su vigencia en el marco de un procedimiento de ejercicio del ius variandi de la Administración”. Dictamen 292/2009 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña.

⁶⁷³ “A mayor abundamiento de la tesis expuesta hay que citar que la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar a la libre concurrencia y, en este sentido, para su utilización en el caso concreto de las autopistas ha sido necesario una modificación normativa a nivel de Ley, cual es la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el cual viene a establecer la posibilidad de que la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión en los supuestos de modificación o ampliación “podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión” sin que sea lícito extender esta prevención a supuestos distintos de aquéllos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje”. Informes JCCA 12/06 y 7/06, de 24 de marzo con cita del informe 47/98, de 17 de marzo de la misma Junta.

⁶⁷⁴ Uno de los escasos casos en los que se reconoció tal posibilidad fue la STS de 27 de febrero de 2008 (ROJ: STS 515/2008), en la que se admitió el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante la ampliación de la duración del contrato cuando el desequilibrio proviniera de una modificación que impusiera mayores inversiones para el concesionario. Así mismo, el informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la JCCA declaró que “Cabe la posibilidad de utilizar la prórroga, siempre que no se supere el máximo de duración legalmente previsto ni lo dispuesto en la documentación contractual de la concesión, para restablecer el equilibrio financiero, siempre que haya acuerdo entre las partes, pero no mediante una ampliación del plazo originario de la concesión”.

delicada por poder perjudicar a la libre concurrencia”⁶⁷⁵ lo que da buena cuenta de su carácter excepcional y restrictivo⁶⁷⁶.

En la actualidad la situación sigue siendo similar pues, atendiendo al último apartado del artículo 290.5 ya mencionado, la ampliación del plazo de la concesión, si bien no se restringe únicamente de manera expresa a los casos de *factum principis* y fuerza mayor, sí parece solo contemplarse para dichos supuestos con un límite, además, del 15%: “*Asimismo, en los casos previstos en la letra b) [factum principis] y en el último párrafo del apartado anterior [fuerza mayor], podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente*”. Lo anterior se refuerza con lo establecido en el penúltimo párrafo del art. 29. 6 según el cual “*Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290*”.

De dichos artículos parece que debe interpretarse que la prórroga del contrato para restablecer el equilibrio, solo queda reservada para los supuestos específicamente señalados por el legislador de *factum principis* y fuerza mayor, no pudiendo ser, en principio y salvo interpretación jurisprudencial en contrario, mecanismo de reequilibrio derivado de una modificación⁶⁷⁷ ni derivado de un riesgo imprevisible.

⁶⁷⁵ Informe JCCA 12/06, de 24 de marzo.

⁶⁷⁶ Lavilla Rubira señala cómo esta restricción del recurso a la prórroga del contrato como mecanismo de restablecimiento del equilibrio “*responde a la preocupación del legislador –inspirada por el Derecho Comunitario – por abrir cuanto antes los contratos a una licitación, en aras a los principios de publicidad y concurrencia*”. “El contrato de gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, nº 274-275, 2006, p. 271.

⁶⁷⁷ Lo afirmaba Blanquer Criado con respecto al régimen anterior del TRLCSP pero puede hacerse extensiva dicha aportación al régimen actual de la nueva LCSP pues la literalidad de los artículos (282.5 TRLCSP y 290.5 LCSP) es casi idéntica con la salvedad del límite impuesto que en la actualidad es del 15 y no del 10%: “*La ampliación del tiempo de duración del contrato de gestión de servicio público es otra fórmula que en ocasiones se utiliza para restablecer el equilibrio económico de la concesión. Ahora bien, hay que precisar que, aparentemente, la ampliación del plazo concesional sólo se admite por la ley cuando la quiebra del equilibrio se deba a causa de fuerza mayor o al ‘factum principis’, excluyéndose esa fórmula de restablecimiento cuando la pérdida del equilibrio se deba a la modificación del contrato unilateralmente impuesta por la Administración*”. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit., p. 1322.

Cuando se produzca la prórroga de la concesión en estos casos señalados “*el contrato ha de ajustarse a las mismas condiciones iniciales en las que se celebró sin que proceda una modificación de las estipulaciones por la simple circunstancia de la prórroga*” pues “*el contrato prorrogado no es un nuevo y distinto negocio jurídico sino el propio contrato primitivo que sigue produciendo efectos durante el periodo de prórroga*”⁶⁷⁸.

Así pues, en principio la prórroga del contrato solo podrá tener lugar si se reúnen los siguientes requisitos: i) que el fin sea el de equilibrar el contrato cuando se haya visto desequilibrado en casos de *factum principis* y fuerza mayor, ii) solo se amplíe en un máximo del 15% de su duración inicial, iii) que esté dicha posibilidad contemplada en los pliegos pues no se admite el consentimiento tácito de las partes⁶⁷⁹, y iv) se mantengan inalterables las características del contrato durante la duración de la misma.

Una posible relajación en este sentido que permita la adopción de prórrogas con laxitud (en el que se prorrogaran, por ejemplo, sin concurrir los supuestos señalados, o superando el límite máximo o por un tiempo mayor al necesario para el concreto desequilibrio producido, o de manera tácita sin previsión contractual), podría contravenir no solo el principio de libre concurrencia como apunta Blanquer Criado⁶⁸⁰ sino también el riesgo operacional de la concesión que ahora la ley exige pues mediante la ampliación de la duración se podría estar permitiendo la amortización de unos costes que permitan cubrir unas pérdidas que en principio debería correr el concesionario.

⁶⁷⁸ BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit. p. 1323. Art. 29.2: “*El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley...*”.

⁶⁷⁹ Art. 29.2: “*En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes*”.

⁶⁸⁰ “*...la duración de la prórroga debe ser adecuada y proporcionada a la magnitud o al alcance económico del desequilibrio de las recíprocas prestaciones, porque si la prolongación fuera desorbitada y se extendiera en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario, implicaría una alteración sustancial de las bases objetivas del negocio originario, en clara contradicción con el principio de igual y libre concurrencia de licitadores que informa la selección de los contratistas*”. Vid. BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio...*, op. cit. p. 1323

- Ampliación del plazo como objeto de una modificación del contrato originario.

Nos encontramos aquí ante la posibilidad de que la misma modificación consista en ampliar el plazo del contrato de forma unilateral por resultar necesario para la Administración concedente para satisfacer el interés general.

En efecto, en virtud de la prerrogativa del *ius variandi*, como ya hemos visto, la Administración puede modificar las características del servicio contratado en cantidad, calidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista. Ahora bien, la alteración de elementos esenciales debe entenderse siempre una excepción permitiéndose solamente en los casos ya explicados que resumidamente son: cuando estuviera prevista en los pliegos con claridad; cuando no estando prevista se deban a circunstancias imposibles de prever o a la necesidad de añadir prestaciones nuevas; o cuando no sean sustanciales. Dado que la duración es, sin duda, un elemento esencial del contrato, su modificación será considerada, en todo caso, una modificación sustancial y por lo tanto solo podrá (para poder modificarse) o bien estar prevista o bien responder a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

Así pues, no cabe descartar que sea posible también ampliar el plazo de la concesión como parte de una modificación (y no de un reequilibrio) si tal posibilidad se encuentra detallada con precisión en los pliegos o, no estando prevista, si puede justificarse en razones imprevisibles y sobrevenidas. No obstante, estas restricciones hacen que probablemente tal modificación tenga lugar en pocas ocasiones. Más aun si se tiene en cuenta que entre las obligaciones del concesionario se encuentra la de mantener la prestación del servicio hasta la formalización del nuevo contrato en casos de extinción del contrato por cumplimiento del mismo (art. 288 a) LCSP⁶⁸¹), por lo que realmente la continuidad del servicio queda garantizada al acudir a este artículo, sin necesidad

⁶⁸¹ Art. 288 LCSP: “El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:
a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”.

de articular una modificación contractual como tal, y se hace más complicada la argumentación por parte de la Administración concedente de otra necesidad de interés general diferente de la continuidad del servicio que justifique ampliar el plazo originario de la concesión.

b) El sistema Least Present Value of the Revenues

Siendo este nuestro régimen, no sería posible aplicar uno de los sistemas de mayor éxito de los últimos años con aplicación en múltiples países como Brasil o Gran Bretaña como es el *Sistema Least Present Value of the Revenues*. Este método de adjudicación, que fue desarrollado en Chile por los economistas Engel, Fischer y Galetovic⁶⁸² para el sector específico de las autopistas de peaje y que se aplicó por primera vez en la autopista Santiago-Valparaíso-Viña del Mar en 1998, consiste básicamente en adjudicar la concesión al operador privado que ofrezca el menor valor de ingresos a obtener por la prestación con un plazo concesional indeterminado que se ajustará automáticamente a las variables sujetas a incertidumbre. De esta manera si la demanda (tráfico) es más alta de la esperada, la concesión terminará antes; y si, por el contrario, la demanda es más baja, la concesión terminará después alargando su duración hasta que alcance el valor de ingresos que constituyó su oferta en el proceso de licitación.

Algunos autores llaman a estas concesiones “concesiones de plazo abierto o variable”⁶⁸³ precisamente por tratarse de un método de adjudicación en el que en lugar de pujar los licitadores por las tarifas de los peajes, pujan por el beneficio más bajo que estén dispuestos a obtener, de manera que utilizan la duración de la concesión para asegurar la rentabilidad del proyecto, eliminando por completo el riesgo operacional pues queda garantizado que el concesionario recuperará no solo la inversión sino también los

⁶⁸² Vid. ENGEL, E., FISCHER, R.D., GALETOVIC, A., “Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Hightways Franchising”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, nº 5, 2001, pp. 993-1020. Si bien el trabajo original se publicó en 1998 por la Oficina Nacional de Investigación Económica (NBER de sus siglas en inglés): ENGEL, E., FISCHER, R.D., GALETOVIC, A., “Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Hightways Franchising”, *National Bureau of Economic Research* (NBER), Working paper nº 6689, agosto 1998. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/241042111_Least-Present-Value-of-Revenue_Auctions_and_Highway_Franchising (Acceso el 19 de julio de 2018).

⁶⁸³ ABAD, J.L., NOMBELA, G., y RUS, G., “Concesión de plazo variable para autopistas. El caso de Aragón”, *Carreteras*, nº 125, enero-febrero 2003; ESTACHE, A. y RUS, G., “Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: Conceptos básicos”, en: ESTACHE, A. y RUS, G. (Eds.), *Privatization an Regulation of Transport Infrastructure: Guidelines for Policymakers and Regulators*, World Bank, Whashington, 2000.

beneficios (queda garantizada la rentabilidad de la inversión para el escenario de unos costes dados).

El método tiene claras ventajas pues evita la realización de ofertas anormalmente bajas por algunos licitadores así como las renegociaciones. También, como apunta Trujillo del Valle, *“permite la utilización de políticas de tarifas flexibles, pues su modificación afectará al plazo pero no al valor de la concesión, y facilita los procesos de compensación en el caso de modificaciones sustanciales en la infraestructura o terminación anticipada de la concesión (rescate). Sin embargo, también tiene inconvenientes: puede desincentivar la gestión, no soluciona los problemas transitorios de insuficiencia de ingresos del concesionario y se muestra poco sensible cuando los plazos son muy largos, por efecto del descuento”*⁶⁸⁴. Al eliminar el riesgo de demanda y, por lo tanto, no transferir el riesgo operacional, no podría considerarse según nuestra tipología de contratos una auténtica concesión, pero en cualquier caso resulta interesante conocer cómo determinados sistemas permiten mantener la apariencia de un contrato concesional tal y como nosotros tradicionalmente lo conocemos (pues consisten en explotar una obra o servicio a partir de una remuneración obtenida de la frecuentación) pero cuyo diseño retributivo queda condicionado de manera que se aleja del nuevo concepto europeo de concesión al no cumplir con la exigencia del riesgo operacional. Además el Sistema LPVR refleja cómo en concreto la duración de la concesión puede ser una variable fundamental en el reparto de riesgos.

Por último, conviene mencionar un sistema utilizado en España en el año 2002, concretamente en la autovía Pamplona-Logroño promovida por el Gobierno Foral de Navarra según el cual se utiliza un tipo similar de concesión “de plazo abierto” como la anteriormente expuesta pero con matices diferentes. Como explica Trujillo del Valle, *“se trata de un mecanismo que vincula el plazo de la concesión a la finalización de las obligaciones financieras del concesionario. [...] El plazo de la concesión concluye cuando el concesionario finaliza todas sus obligaciones derivadas del plan financiero. [...] de manera que la fecha de extinción de las obligaciones financieras varíe con los*

⁶⁸⁴ TRUJILLO DEL VALLE, J.A., “Financiación e infraestructuras. Los riesgos y su mitigación”, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2004, p. 9.

ingresos recibidos. De esta forma, el plazo de la concesión queda vinculado a la extinción de las obligaciones del concesionario resultantes del plan financiero aprobado”.

Si bien las similitudes con el primer sistema explicado son evidentes, este último utilizado en Navarra no elimina por completo el riesgo de demanda, por lo que se mantendría la transferencia del riesgo operacional: *“En el primer caso concluye la concesión cuando el concesionario ha obtenido los ingresos y, en consecuencia, garantizado una rentabilidad de su inversión (para un escenario de costes dado)”*. Por el contrario, en el caso de Navarra *“La rentabilidad del concesionario deberá haberse generado a partir de los ingresos que no se destinaron a la financiación, lo cual forma parte del contrato, con el correspondiente riesgo de demanda, también mitigado por la flexibilidad del plazo. Este modelo de plazo abierto realiza una asignación de riesgos entre el concedente (a través de éste a los usuarios o contribuyentes) y el concesionario que no desnaturaliza el contrato de concesión, dado que éste sigue manteniendo riesgo de tráfico en la parte de sus ingresos no comprometidos con la financiación ajena, es decir los vinculados a la explotación del servicio...”*⁶⁸⁵.

3.3. Riesgo operacional y la mal llamada Responsabilidad Patrimonial de la Administración

Como se ha expuesto, la introducción del riesgo operacional como concepto inherente a la concesión extiende sus efectos más allá del ámbito meramente retributivo de la misma, dejándose también sentir en otras esferas del contrato como el de los acaecimientos producidos durante la ejecución del mismo y las consecuentes solicitudes de equilibrio económico financiero, la virtualidad de la prerrogativa del *ius variandi* de la Administración, la naturaleza de los servicios que configuran su objeto, ... Todo, o casi todo, se ve afectado por este ‘nuevo’ concepto cuyas exigencias han llegado a cambiar la tipología tradicional de nuestro derecho de contratos públicos.

Lo mismo sucede con el mal llamado régimen de Responsabilidad Patrimonial de la Administración que nuestra norma antes preveía en supuestos de extinción anticipada del contrato. Esta reparación económica por resolución de un contrato suscrito entre la Administración y un sujeto privado está mal identificada con el instituto de la

⁶⁸⁵ TRUJILLO DEL VALLE, J.A., “Financiación e infraestructuras...”, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

Responsabilidad Patrimonial de la Administración pues ésta se configura como una responsabilidad extracontractual frente a los ciudadanos⁶⁸⁶.

Dicho régimen, de haber continuado en vigor, habría resultado de todo punto incompatible con la concesión actual ya que del considerando 19 de la Directiva 23/2014 se desprende que únicamente ha de poder mantenerse la compensación total (recuperación de la inversión) cuando la extinción del contrato se deba a causas imputables a la Administración o poder adjudicador, no así también cuando la causa provenga del contratista, que es precisamente lo que contemplaba nuestro TRLCSP hasta su modificación con la Ley 40/2015. El mencionado considerando dice así: *“Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva”*. Y a continuación establece como excepciones en las que sí subsistirá la calificación de concesión del contrato a pesar de las limitaciones del riesgo, los siguientes supuestos⁶⁸⁷: i) cuando el *riesgo esté limitado desde el inicio*, ii) en casos de *tarifas reglamentadas*, iii) en casos de *regímenes contractuales que prevean compensaciones parciales*, y iv) cuando se trate de *compensaciones por extinción anticipada de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora o por causas de fuerza mayor*.

⁶⁸⁶ LAVILLA RUBIRA señala la “notoria impropiedad de su utilización en el plano técnico-jurídico” *Vid.* “El nuevo régimen de la denominada ‘responsabilidad patrimonial de la Administración’ (RPA) en los contratos de concesión”, en: GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (*Dirs.*), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, 2017, p. 240.

Sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en general, por todas *vid.* MEDINA ALCOZ, L., “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I) (II) (III)”, en: CANO CAMPOS, T. (*Coord.*), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, vol. 4, 2009, pp. 31-179; DE AHUMADA RAMOS, F.J., “La responsabilidad patrimonial de la Administración (génesis y evolución histórica hasta la Constitución española de 1978)” en: SORIANO GARCÍA, J.E. (*Dir.*), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño”, en: ORTIZ BLASCO, J. Y MAHILLO GARCÍA, P. (*Coord.*), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 99 y ss. También *vid.* la reciente STC 112/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:112), con la que el Tribunal se adentra en exponer la responsabilidad objetiva de la Administración.

⁶⁸⁷ “El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor”. Considerando 19 de la Directiva 23/2014.

De este modo, siguiendo la interpretación que tanto la doctrina⁶⁸⁸ como nuestro legislador ha hecho en la transposición, cuando la extinción es imputable a la Administración, la compensación al concesionario puede seguir siendo total; mientras que si no es atribuible a ésta, debe ser parcial ya que de lo contrario se estaría contraviniendo y dejando sin efecto el riesgo operacional de la concesión. Este último extremo ha sido lo que ha debido modificarse para ajustarnos a las exigencias del derecho comunitario.

El cambio viene impulsado por las reglas de contabilidad europeas contenidas en el reglamento SEC 2010 en un intento de alinear los contratos de colaboración público-privada (las conocidas PPPs) de los distintos Estados Miembros con las exigencias contables y presupuestarias de la Unión Europea tras una actividad incesante de recalificación de contratos que por revestir en apariencia la forma de una colaboración público-privada los Estados no se imputaban en sus balances estatales no computando así a efectos de déficit y deuda. En la última versión del *Manual on Government Deficit and Debt* de 2016 se destaca precisamente la necesidad de atender a las cláusulas de rescisión ventajosas que pudieran existir en las concesiones sobre todo en casos a iniciativa del operador. De hecho, el documento exige para poder imputar la concesión al operador privado y, por consiguiente no a la Administración, las compensaciones que se prevean en casos de resolución anticipada sean diferentes en función de si derivan de causas imputables al operador o a la Administración concedente. Y establece, en concreto, que cuando se resuelve por causa del contratista, el valor de la concesión no puede exceder del valor de mercado de la misma (siendo este valor determinado bien a través de un procedimiento de concurrencia competitiva, bien por estimación de un experto independiente)⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ LAVILLA RUBIRA, J.J., Conferencia “La nueva regulación de la llamada RPA en los contratos de concesión”, curso monográfico: La nueva Ley de contratos del Sector Público, Escuela Gallega de Administración Pública. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=k0cnaTiRyKM> (min: 26:50).

⁶⁸⁹ “As a matter of principle, any compensation in the context of an early termination due to a default by the partner must take into account the insufficient performance of the partner and, therefore, must be different to a compensation payment resulting from an early termination at the initiative of government. [...] If the default takes place during the operating phase, the contract should explicitly mention that the compensation due to the partner, if any, at the time government takes over the asset from the partner, should not exceed the current market value”. Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010, Eurostat 2016, p. 347, ap. 72.

Dicho lo anterior, veamos más concretamente en qué ha consistido el cambio⁶⁹⁰ y cómo nos hemos adherido a estas exigencias tras la transposición. En virtud de la normativa anterior (arts. 270.2, 271.1 y 288.1 TRLCSP) se establecía como derecho del concesionario percibir una indemnización de la Administración por valor de las inversiones realizadas y no amortizadas en casos de resolución que incluían el supuesto de insolvencia o concurso de la sociedad concesionaria. Dicha compensación cubría el importe de las expropiaciones de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que hubieran sido necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión y, en el caso de las de servicios públicos, simplemente los costes de las obras e instalaciones que hubieran realizado para la prestación del servicio⁶⁹¹. Todo ello teniendo en cuenta el grado de amortización por el tiempo que restara hasta la finalización del contrato. Dicha compensación se aplicaba *ope legis*, es decir, sin necesidad de hallar culpabilidad alguna en la Administración contratante, ni siquiera a título de imprudencia, y más aun, incluso cuando la culpa pudiera ser claramente atribuible al contratista (una mala gestión que generara una baja rentabilidad del proyecto, por ejemplo).

La reparación económica indemnización por resolución de un contrato suscrito entre la Administración y un sujeto privado está mal identificada con el instituto de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración que se configura como una responsabilidad extracontractual frente a los ciudadanos.

La modificación de dicho régimen por la Ley 40/2015⁶⁹² limitó drásticamente la respuesta que la Administración venía dando en esos casos, convirtiendo la declaración de insolvencia y de concurso, y otras cuatro causas más, en causas *no imputables a la*

⁶⁹⁰ Para profundizar en los pormenores del nuevo régimen *vid.* LAVILLA RUBIRA, J.J., “El nuevo régimen de la denominada ‘responsabilidad patrimonial de la Administración’ (RPA) en los contratos de concesión”, en: GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (Dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, 2017, pp. 239-261.

⁶⁹¹ Art. 288.1 TRLCSP relativo a los contratos de gestión de servicio público, anterior a la modificación: “En los supuestos de resolución, la Administración abonará, *en todo caso*, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”.

Art. 271.1 TRLCSP relativo a la concesión de obra, anterior a la modificación: “En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero”.

⁶⁹² Disposición final novena (apartados ocho y nueve).

Administración por las que ésta solo responderá, como máximo, por el valor que tenga la concesión en el mercado en ese momento tras la realización de un procedimiento de subasta o licitación de la misma⁶⁹³.

A partir de entonces la responsabilidad de la Administración derivada del supuesto concreto de una baja rentabilidad del negocio que concluya con una declaración de insolvencia o concurso deja de constituir un riesgo con el que ésta deba correr pues ya no debe indemnizar al concesionario en dichos casos por el valor de la inversión que hubiera realizado sino que solo le pagará lo que otros estén dispuestos a ofrecer por la concesión en ese momento. Se produce así una inversión de dicha carga de manera que es ahora el concesionario el que debe asumir el riesgo de que la concesión pueda no valer prácticamente nada en la licitación que tendría lugar tras su resolución.

Literalmente el art. 295 de la nueva Ley reza así:

“Artículo 295. Efectos de la resolución.

1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, ésta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281.

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a), b) y f) del artículo 211, así como a las causas establecidas en las letras a) y f) del artículo 294”.

⁶⁹³ Arts. 271.1 y 271 bis del antiguo TRLCSP y arts. 280.1, 281 y 295 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Las causas de resolución anticipada de la concesión se dividen, por tanto, en *imputables* o *no imputables a la Administración*, lo cual no equivale a *imputables a la Administración* o *imputables al contratista*, respectivamente, pues dentro de las ‘no imputables a la Administración’ se incluyen también aquellas que no puedan imputarse a ninguna de las partes. En función de dicha clasificación se aparejará un efecto u otro. Las primeras (imputables) mantendrán el régimen tradicional de RPA con una compensación económica abonada al concesionario equivalente a las inversiones realizadas; las segundas (no imputables) solo implicarán el pago del valor percibido por la Administración al subastar la concesión⁶⁹⁴.

En concreto, este procedimiento, que se desarrolla en el art. 281 de la nueva Ley, prevé la realización de una nueva licitación mediante subasta, en la que se tendrá como único criterio adjudicador el precio más alto ofrecido. Dicho precio será el valor que tendrá la concesión en ese momento en el mercado y será el importe a abonar por la Administración al concesionario primigenio. Lo que significa que dicho valor puede incluso llegar a ser, en determinadas circunstancias, prácticamente igual a cero, lo que sea que ofrezcan como máximo los licitadores.

Para el supuesto de que la primera licitación quede desierta, se convocará una nueva licitación en el plazo de un mes. Si esta segunda licitación quedara también desierta, el valor de la concesión y, por lo tanto, la cuantía mínima que percibiría el concesionario tras la resolución sería el 50% del tipo licitatorio de la primera convocatoria (esto es, el 50% de los flujos futuros de caja que se prevén obtener por la explotación de la concesión por el tiempo que quedara desde la resolución hasta la reversión)⁶⁹⁵. Aclara Bocanegra Sierra que “*no es difícil adivinar que la cifra resultante será en muchos casos irrisoria*” ya que “*la Ley intenta garantizar que la compensación al concesionario se haga ‘a coste*

⁶⁹⁴ Esta solución, si bien constituye una novedad de enorme calado con respecto al régimen anterior, fue una medida consolidada en nuestra regulación del siglo XIX: Tanto la primera legislación de ferrocarriles (Ley de 6 de junio de 1855), como los pliegos de condiciones del contrato de construcción del Canal de Castilla, así como las Leyes de Obras Públicas, de Ferrocarriles, y de Carreteras que se promulgaron en 1877 acogen la subasta como solución ante la resolución del contrato por incumplimiento del contratista trasladándole a éste el riesgo. Lo explica Mercedes Fuertes en su libro *Las desventuras del...*, op. cit., p.137, 138 y 156.

⁶⁹⁵ Art. 282 a) LCSP: “*El tipo se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos*”.
Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública”.

*cero' para la Administración, porque en principio solo se entregará al concesionario el importe obtenido en la subasta, sin que se le garantice otro mínimo que el 50% del tipo*⁶⁹⁶.

Las causas que, “en todo caso”, según el legislador no podrán imputarse a la Administración son:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria. (art. 211.1 a)
- La declaración de concurso o de insolvencia en cualquier otro procedimiento. (art. 211.1 b)
- El incumplimiento de la obligación principal del contrato u obligaciones esenciales así declaradas en los pliegos. (art. 211.1 f)
- La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley. (art. 294 a)
- El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones. (art. 294 f)

Ahora bien, conviene detenerse en algunas dudas que surgen en torno al resto de causas de resolución contenidas tanto en el art. 211 general para todos los contratos⁶⁹⁷ como en

⁶⁹⁶ BOCANEGRA SIERRA, R., “La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato”, en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo III, 2016, p. 2581.

⁶⁹⁷ A dichas causas nos remite el art. 294:

“Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

d) La supresión del servicio por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

f) El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el

el propio art. 294 específico de los contratos de concesión de servicios. Si hemos dicho que las más arriba señaladas no son nunca imputables a la Administración ¿cabe entender, *sensu contrario*, que las restantes sí lo son y que, por tanto, llevarán aparejada la RPA tradicional? La respuesta no puede ser sino negativa pues entre los supuestos de resolución restantes encontramos, en efecto, causas que son fácilmente imputables a la Administración como es *la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato* (art. 294.b), *el rescate o supresión del servicio por la Administración por razones de interés general* (apartados c) y d) art. 294), o *la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato* (art. 294 e), pero también encontramos otras del art. 211.1 que no figuran entre las señaladas por el legislador como “no imputables” a la Administración, pero que tampoco cabe atribuir a ésta en ningún caso, o al menos no cabe descartar su imputabilidad siempre y en todo caso como sucedía con las expresamente señaladas por el legislador, o, por último, no cabe atribuírselas solo a ella.

Lo explicamos. Nos referimos, concretamente, solo a tres causas (ya que recordemos que las causas de las letras d) y e) del art. 211.1 están excluidas de la concesión de servicios por el art. 294):

-el impago de los salarios a los trabajadores por parte del contratista o el incumplimiento de los Convenios colectivos (art. 211 i),

-la resolución por mutuo acuerdo (art. 211 c) y,

-la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato o cuando pudiéndose dichas modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio, en mas o en menos, superiores al 20 por ciento del precio inicial del contrato (art. 211 g).

apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones”.

Cabe preguntarse por qué el legislador no ha querido incluirlas dentro de las “causas no imputables” a la Administración. Las razones son diferentes para cada una de ellas. En el primer caso (impago de salarios por el contratista), la no inclusión es por razones evidentes ya que esta resolución obedece a causas ajenas a la Administración como es el cumplimiento del contratista de sus obligaciones laborales; en el segundo (mutuo acuerdo), su exclusión se deberá a que supone una extinción del contrato pactada por ambas partes con consecuencias particulares también pactadas diferentes quizás a las dos opciones que se dan en el art. 295⁶⁹⁸ (recuperación de la inversión de la RPA tradicional o pago por el valor de la concesión en la licitación); y en el tercero (imposibilidad de prestación sin modificación posible o modificaciones superiores al 20% del precio inicial), por ser su origen incierto ya que puede deberse a una eventualidad no imputable a ninguna de las partes (casos, por ejemplo, de fuerza mayor o riesgos imprevisibles que hagan imposible la prestación y la modificación), puede también venir provocada esa imposibilidad por el propio contratista (actuaciones negligentes que sin constituir un incumplimiento del contrato conlleven una imposibilidad de prestación), o no cabe descartar que fuera generada por la Administración (por ejemplo, actuaciones similares a las de *factum principis* cuando, en lugar de afectar a la onerosidad del contrato por suponer una ruptura de la ecuación económica del mismo, implique la imposibilidad de prestación). Esta última posibilidad es la que hace que el legislador no pueda incluir a la causa g) del art. 211 entre las causas que señala como *en todo caso no imputables a la Administración*, porque sí existe la posibilidad de que sea ella la causante, aunque no sea lo habitual.

Habría entonces que tener en cuenta que fuera de los supuestos específicamente señalados como “no imputables a la Administración” sigue habiendo causas que tampoco le son imputables en ningún caso (impago salarios), otras que a veces no le son imputables pero otras sí (imposibilidad de prestación sin modificación posible o con modificación superior al 20%), y otras que no le son imputables únicamente a ella sino también al contratista (mutuo acuerdo). En un segundo grupo estarían las que sí son imputables a la Administración sin ninguna duda como las letras b) c) d) y e) del art. 294 ya mencionadas.

⁶⁹⁸ Art. 213.1 LCSP: “Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas”.

Debe también señalarse que existe una causa extra de resolución de la concesión que es la contemplada en el art. 290.6 de la Ley que permite el desistimiento del contratista por exceso de onerosidad derivada bien de la aprobación de una disposición general de otra Administración con posterioridad al contrato, bien de la adaptación obligatoria de la obra o servicio a los avances técnicos que hubieran surgido también con posterioridad. No obstante, con respecto a dicho desistimiento el legislador no señala más que “*no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes*” por lo que, cabe entender que el contratista percibirá únicamente el importe resultante de la licitación o subasta de la concesión al tratarse de una resolución no imputable a la Administración concedente. Para un análisis pormenorizado de los casos en que procede este desistimiento nos remitimos al apartado relativo al reequilibrio económico del contrato en el que se trata la cuestión con mayor detalle⁶⁹⁹.

Por último, conviene tener en cuenta que estas resoluciones de la concesión no solo conllevan la aplicación del régimen de RPA o la licitación de la concesión sino que también pueden llevar aparejados otros efectos que pasamos a exponer.

a) Daños y perjuicios. La LCSP prevé para las causas de resolución imputables a la Administración, además, la indemnización de daños y perjuicios que se le irroguen al contratista, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir. (arts. 213.2 y 295.4)

b) Intereses de demora. Para el supuesto concreto de la letra b) del artículo 294, esto es, la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega de la contraprestación o medios auxiliares a los que se comprometiera, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la ley 3/2004. (Art. 295.3)

c) Devolución/incautación de la garantía⁷⁰⁰. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo

⁶⁹⁹ Vid. *supra* pp. 265 y ss de este trabajo.

⁷⁰⁰ Sobre ello, vid. CANO CAMPOS, T., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 159, 2013, pp. 185 y ss.

que excedan del importe de la garantía incautada (art. 213.3).

Existen dudas sobre si únicamente se considera incumplimiento del contratista la causa establecida en la letra f) del art. 211 (incumplimiento de la obligación principal del contratista), o si debería también extenderse la incautación de la garantía y los posibles daños y perjuicios a los supuestos de declaración culpable de concurso (art. 211.1 b), y al impago de los salarios del contratista (art. 211.1 i).

Ésta es una de las principales lagunas del art. 213 relativo a los efectos de la resolución pues nada se dice al respecto en la nueva Ley⁷⁰¹. Sin embargo, la ruptura anticipada del contrato a causa de una declaración de concurso calificada de culpable llevaba aparejada la pérdida de la garantía en el TRLCSP (art. 225.4) por lo que su planteamiento no es descabellado.

Ante el silencio del legislador habrá que estar a lo que la Administración concedente determine en el acuerdo de resolución respecto de la garantía (Art. 213.5: *“En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*). Ahora bien, aunque pudiera parecerlo, este pronunciamiento no es, ni mucho menos, discrecional⁷⁰² sino que está sujeto a lo dispuesto en los arts. 111.1 y también 213.3 *sensu contrario*, que condicionan la devolución de la garantía a que la causa de resolución sea “sin culpa del contratista”⁷⁰³.

Tal y como señala Barrero Rodríguez, mantener la incautación de la garantía en supuestos de concurso culpable supondría la pervivencia de la solución del

⁷⁰¹ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Nueva Época*, nº4, 2017, p. 63. *Vid.* también su monografía: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

⁷⁰² “[...] aunque la interpretación literal del precepto pudiera llevar a pensar que el órgano competente cuenta con la capacidad para decidir discrecionalmente sobre el destino de la garantía, ello no es así”. BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución...”, *op.cit.*, p. 60.

⁷⁰³ Art. 111.1 LCSP: *“La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de este sin culpa del contratista”*.

Art. 213.3 LCSP: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

antiguo TRLCSP “*de aceptarse, lo que no está nada claro, que el hecho de que el concurso cuente con esta calificación supone que también es culpable la resolución del contrato que trae causa de esa declaración*”. Y es que, como ella misma cita, el Dictamen 20/2016, de 27 de junio, del Consejo consultivo de la Rioja (en la misma línea que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 12 de Barcelona de 23 de enero de 2017) advierte que “*una cosa es que el contratista pueda ser declarado culpable de un incumplimiento contractual y otra que sea culpable del concurso de acreedores, ya que la situación de insolvencia del concursado puede deberse a otras causas*”⁷⁰⁴. Así las cosas, la cuestión de gran trascendencia se traslada a lo que los Tribunales y órganos consultivos sobre ella determinen de ahora en adelante.

En cuanto a la posibilidad de extender también dichas consecuencias a la resolución de la concesión por incumplimiento del contratista de sus obligaciones laborales (pago de salarios, convenio colectivo) señala igualmente Barrero Rodríguez que podría plantearse dicha solución como lógica, no obstante, no pueden ocultarse las sustanciales diferencias existentes entre el incumplimiento culpable del contrato y el incumplimiento de las obligaciones con sus trabajadores. Y es que la primera “*sanciona los incumplimientos surgidos en el ámbito de la relación contractual*” mientras que la segunda “*se proyecta, sin embargo, sobre incumplimientos producidos en una relación jurídica ajena a la Administración titular del contrato*”. Además, el fundamento que justifica la indemnización a la entidad contratante de los daños causados por el incumplimiento del contrato “*cobra sentido en los casos en los que es la Administración, en cuanto parte de la relación jurídica, la que padece las consecuencias negativas de los incumplimientos del contratista, lo que no sucede en los supuestos en los que se sanciona, no la infracción del propio contrato, sino deberes impuestos al margen de la relación contractual por un orden completamente diferente como es el laboral*”⁷⁰⁵. Por todo ello parece que estas causas de resolución, a pesar de ambas implicar un incumplimiento del contratista, son muy diferentes como para equiparar sus consecuencias.

⁷⁰⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución...”, *op.cit.*, p. 64.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

Al margen de si procede o no la extensión de estos efectos a supuestos de resolución diferentes al incumplimiento del contrato, se plantea la posibilidad de que en caso de que los daños producidos por la concesionaria excedan de la cuantía incautada en concepto de garantía, puedan estos compensarse por la Administración con el importe resultante de la subasta que deberá pagar a la concesionaria. Aunque la ley no lo prevea expresamente, son varios los autores los que lo dan por hecho⁷⁰⁶.

d) Indemnización del 3% del beneficio dejado de percibir. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del art. 211 (imposibilidad de prestación sin posibilidad de modificación o con modificaciones superiores al 20% del precio inicial), el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar siempre y cuando la causa que hace necesaria la modificación no le sea imputable y no rechace la modificación contractual propuesta por la Administración (art. 213.4)⁷⁰⁷. De esta manera, el pago de esta indemnización queda circunscrita “a las hipótesis en las que es la

⁷⁰⁶ Así, por ejemplo, Calatayud Prats afirma que “una vez realizado el contrato de reemplazo y determinados los daños ocasionados a la Administración por el concesionario incumplidor ésta puede compensar la cuantía de los mismos con el valor patrimonial de las inversiones que debe restituir al concesionario”. CALATAYUD PRATS, I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 44, 2017, p. 33. Acceso electrónico para usuarios registrados disponible en:

https://www-iustel-com.bucm.idm.oclc.org/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=44.

Cita, además, a otros autores que vienen defendiendo la misma compensación, *Vid.* MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I., “Cuestiones sobre la RPA”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (coord.) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2015, pp. 111 y 112; y SILVÁN OCHOA, P., “Liquidación de contratos de concesión de autopistas de peaje y responsabilidad patrimonial de la administración concedente”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2015*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015, p. 173 quien indica que: “aunque la Ley no lo prevé de modo expreso, podría llegar a producirse la compensación entre la RPA y los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública concedente si la resolución del contrato de concesión obedeciera a causas imputables al concesionario”.

⁷⁰⁷ Esta excepción fue requerida por Consejo de Estado quien en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos afirmaba lo siguiente: “no debe surgir el derecho del contratista a cobrar el 3% de la prestación dejada de realizar cuando, planteada la modificación por la Administración y estando la misma amparada por el artículo 203, el contratista decline firmar el proyecto modificado. Y ello por cuanto una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20% del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3% de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla”.

*Administración la que, en aplicación del artículo 212.2, insta la resolución del contrato”*⁷⁰⁸.

En definitiva, este nuevo régimen de limitación de la responsabilidad patrimonial de la administración (RPA) está en clara consonancia con las exigencias comunitarias sobre el riesgo operacional según las cuales los concesionarios deben estar expuestos a las vicisitudes del mercado y en ningún caso protegidos por indemnizaciones o compensaciones que supongan la eliminación del riesgo del proyecto y la recuperación de la inversión. No obstante, la modificación del régimen de RPA aplicable a la resolución de concesiones ha venido motivada muy especialmente por la imperiosa necesidad de evitar repetir el fracaso de algunos conocidos proyectos en nuestro país como las concesiones de autopistas de peajes, que han supuesto un auténtico descalabro para las arcas públicas con una enorme incidencia y repercusión tanto a nivel presupuestario como político⁷⁰⁹. Es decir, la reforma a la que aludimos no responde únicamente a la introducción del riesgo operacional en las directivas europeas de contratación tras la constante recalificación de contratos que venía haciéndose desde Eurostat sino que deriva del escándalo que ha supuesto explicar a los ciudadanos que son ellos, mediante sus impuestos, los responsables de financiar (‘rescatar’) la innecesaria inversión en autopistas y otros proyectos que se ha hecho en los últimos 20 años en España. El régimen de la nueva RPA se erige, por tanto, como un sistema que pretende corregir la ineficiencia de nuestras concesiones anteriores⁷¹⁰ y que huye de los manifiestos errores de nuestra norma

⁷⁰⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución...”, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁰⁹ Es este un tema tratado por muchos autores, entre otros quienes exponen el problema perfectamente: “España ha sido líder simultáneamente en el uso de CPPs para nuevos proyectos de autopista de peaje y de ejecución de elefantes blancos mediante esos proyectos, que han resultado en quiebra financiera. La reciente quiebra de concesiones de autopistas de peaje y la discusión sobre su proceso de rescate ha provocado la reemergencia del debate sobre el diseño de las concesiones a empresas privadas, particularmente sobre la distribución de riesgos entre los inversores, los usuarios y los contribuyentes. Desde finales de los años 90 el Estado ha adjudicado 16 nuevas concesiones a 14 empresas privadas para la construcción y explotación de 793 kilómetros nuevos de autopistas de peaje. Actualmente, la mayoría de estas empresas concesionarias están en concurso de acreedores debido al desequilibrio económico-financiero producido por la combinación de distintos factores.

La historia de las concesiones de autopistas en España muestra que éste no es un problema excepcional sino recurrente en la política de infraestructuras viarias”. ALBALATE DEL SOL, D., BEL I QUERALT, G. y BEL PIÑANA, M.P., “Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios”, *Revista de Economía Aplicada*, nº 67, vol. 23, 2015, p. 2.

⁷¹⁰ “hay elementos relacionados con los objetivos de la política de infraestructuras que pueden explicar por qué la mejora regulatoria no ha impedido la crisis actual de las concesiones. Entre otros, uno de los instrumentos que permiten la persecución de dichos objetivos es el papel de la garantía denominada frecuentemente como Responsabilidad Patrimonial del Estado (RPA)[...] Dada la garantía estatal que establece la RPA, ésta incentiva a los inversores privados a acometer inversiones de incierta rentabilidad que serían mucho más reticentes a emprender en ausencia de la RPA”. ALBALATE DEL SOL, D., BEL

anterior para promover solo aquellos proyectos para los que exista una necesidad o demanda reales y evitar así lo que la doctrina llama ‘elefantes blancos’⁷¹¹.

Sea como fuere y con independencia de a qué se deba exactamente el cambio legislativo, la medida hace compatible el régimen de RPA derivado de la resolución del contrato con lo que se ha venido exponiendo sobre el riesgo operacional. Quedará ahora circunscrita únicamente a los supuestos b), c), d), e) del art. 294 LCSP entre los que no se encuentra ya el supuesto de quiebra de la concesión (declaración de insolvencia o concurso) que es lo verdaderamente relevante a efectos del riesgo operacional.

Sus consecuencias implican que el contrato de concesión no es solo aquel en el que debe diseñarse un sistema de retribución que dependa de variables inciertas (riesgo de demanda y/o suministro) sino también aquél para el que se prevé un régimen jurídico que no invalide a *posteriori* dicha incertidumbre con la compensación de las pérdidas hasta el nivel de la inversión⁷¹². Si es la Administración la que indemniza al concesionario cuando éste incurre en insolvencia o es declarado en concurso, entonces es ella y no el concesionario la que corre con el riesgo de la operación, lo cual, además de contravenir la exigencia del riesgo operacional, supondrá que el concesionario carezca de razones por las que valorar la viabilidad de los proyectos que desea ejecutar invirtiendo indiscriminadamente sin filtro alguno: *“la no asunción de riesgos por el potencial concesionario puede implicar que los elefantes blancos se produzcan con mayor*

I QUERALT, G. y BEL PIÑANA, M.P., “Tropezando dos veces...”, *op.cit.*, p. 3.

⁷¹¹ A ellos se refiere la doctrina para referirse a los grandes proyectos de infraestructuras que se han llevado a cabo en nuestro país que solo producen pérdidas y a los que todos los ciudadanos hemos quedado sometidos por medio de una Administración que no puede deshacerse de ellos y que son un lastre. El símil tiene su origen en los regalos que era costumbre realizar por la realeza de la antigua Tailandia a los malos súbditos. Estos recibían este tipo de animales a los que, por su carácter sagrado, debían siempre alimentar y poner a disposición del pueblo para su veneración, resultando muy costoso su mantenimiento y provocándoles la ruina pues no los podían ni vender ni abandonar. GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F., “El reparto óptimo de riesgos...”, *op. cit.*, p. 111.

⁷¹² La Directiva es clara a este respecto: “La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato” Considerando 18.

“Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor”. Considerando 19.

*probabilidad. Sólo si quienes pujan por una concesión y se la adjudican asumen efectivamente una parte significativa del «riesgo y ventura» de la concesión, las empresas tendrán incentivos para usar o adquirir información sobre la rentabilidad de la concesión, y descartarán el pujar y ejecutar proyectos concesionales con valor social negativo»*⁷¹³.

3.4. El control de la transferencia del riesgo operacional: La Oficina Nacional de Evaluación

Entre las novedades de la nueva Ley se encuentra la creación de la Oficina Nacional de Evaluación⁷¹⁴ (ONE) cuya función guarda estrecha relación con la transferencia del riesgo operacional. En contra de lo que pudiera pensarse su origen no lo encontramos en las Directivas de 2014 sino en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público por la que se modificó el TRLCSP y se introdujo, mediante la Disposición Adicional trigésimo sexta, la creación de “La Oficina Nacional de Evaluación”. En la LCSP recién entrada en vigor su contenido se recoge en el art. 333.

Tal y como se desprende de este artículo, la ONE se configura como un sistema de control *a priori* de las concesiones de obras y servicios. La ley señala como su finalidad la de “analizar la sostenibilidad financiera” de estos contratos elaborando, con carácter preceptivo y previamente a la licitación de los mismos, un informe cuyo objeto se entiende que será el de velar por que la retribución de los concesionarios se ciña a las exigencias propias de la concesión, esto es, a la transferencia del riesgo operacional.

Más concretamente, el artículo señala en su apartado tercero los supuestos en los que deberá evacuarse dicho informe:

a) Cuando se realicen **aportaciones públicas** a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier **medida de apoyo a la financiación** del concesionario.

⁷¹³ GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F., “El reparto óptimo de riesgos...”, *op. cit.*, p. 112.

⁷¹⁴ Vid. ÁLVAREZ MONTOTO, J., “El equilibrio económico en los contratos de concesión y la Oficina Nacional de Evaluación creada por la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *Revista de Estudios Locales Cunal*, nº 190, 2016.

b) Cuando se trate de concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la **tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador** concedente, siempre que el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Se añade en el siguiente párrafo un tercer supuesto de actuación: “*Asimismo, informará los acuerdos de **restablecimiento del equilibrio del contrato**, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 respecto de las concesiones de obras y concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas*”.

Es decir, también cuando se restablezca el equilibrio económico de las concesiones con motivo de alguna modificación del contrato (*ius variandi*), alguna actuación de la Administración concedente (*factum principis*), o en casos de fuerza mayor (art. 290.4) cuando se tratara de concesiones que hubieran ya sido objeto de informe, precisamente para asegurar que se mantiene el control que se hiciera en su momento y que el reequilibrio no lo deja sin efecto; o cuando se trate de concesiones que deban serlo ahora porque ese reequilibrio suponga una compensación que pueda considerarse una aportación pública, ayuda a la financiación, o introduzca un sistema de tarifas total o parcialmente sufragado por la Administración.

Como señala Lazo Vitoria “*Todos estos supuestos inciden en un aspecto medular de los contratos de concesión: la contraprestación del concesionario (retribución) y los límites que necesariamente debe respetar el poder adjudicador al momento de realizar aportaciones (bajo cualquier modalidad) a la economía del respectivo contrato*”⁷¹⁵. En definitiva, de lo que se trata es de que, como ya advertíamos en el apartado correspondiente al reequilibrio económico, no se justifique falsamente bajo la apariencia de un reequilibrio económico una compensación que vaya más allá del mero reequilibrio y configure, a favor del concesionario, una auténtica ayuda incompatible con la exigencia

⁷¹⁵ LAZO VITORIA, X., “La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales”, *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.214/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.37351ec9ddc005b73e5a5a5086265e28>

del riesgo operacional (esto es, incompatible con la imposibilidad de garantizar la recuperación de las inversiones).

En este sentido, el apartado 4 del artículo dice así: *“Los informes previstos en el apartado anterior evaluarán si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En dicha evaluación se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos. [...] En los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, el informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en el primer párrafo de este apartado”*.

El examen de la ‘razonabilidad’ de la rentabilidad tiene indudable relación con la transferencia del riesgo operacional propia de las concesiones, por ello no deja de sorprender que el legislador únicamente se refiera al riesgo de demanda ignorando el riesgo de oferta, siendo este último un riesgo del que también puede hacerse depender la concesión. Así se señaló en el informe de alegaciones al Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la ONE⁷¹⁶ dirigido por Gimeno Feliu que pasamos a reproducir:

“Es cierto que en distintos puntos del Proyecto de Orden, tanto de la parte no articulada como de la parte articulada, se alude a la adecuada asignación de riesgos en general o al riesgo de demanda en particular, pero sorprende que no se recoge en absoluto ninguna referencia al “riesgo operacional” como elemento clave de estos contratos. Por las razones indicadas se considera relevante incluir alguna referencia a este tipo de riesgo y así como a su significado, siquiera para contextualizar las evaluaciones que lleve a cabo la oficina.

⁷¹⁶ Alegaciones al “Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación”, presentadas por el Observatorio de Contratación Pública. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_OBCP-Alegaciones-Proyecto-Orden-ONE_108f1081%232E%23pdf/chk.120d56b95f23c3cd8ddc2c43df105a1d (Acceso el 29 de diciembre de 2018)

En esta Orden debería quedar claro que se trata de un riesgo de tipo económico (está ligado a la explotación y, por ende, a la retribución del concesionario) y que alberga dos tipos de riesgos: a) el de demanda b) el de suministro u oferta. Es necesario para que exista riesgo operacional que se asuma por el concesionario al menos uno de ellos. El proyecto de orden no asume esta terminología: v. gr. omite toda referencia al riesgo operacional en cuanto categoría general y lo mismo puede decirse respecto del riesgo de suministro (más allá de la referencia genérica ex art. 4.2). El análisis de la ONE se centra en la transferencia del riesgo de demanda. Siendo ello muy relevante, cabría prestar igual atención a otras configuraciones contractuales, especialmente en aquellos sectores de actuación (determinados servicios) donde el riesgo por uso es mínimo o prácticamente inexistente”.

Además, el legislador deja otras cuestiones sin resolver como es la de qué ocurre en caso de que el informe concluya que la rentabilidad de la concesión no es ‘razonable’ de acuerdo al riesgo que debe asumir, limitándose únicamente a exigir la motivación en caso de no querer atender sus recomendaciones:

“Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación en su perfil de contratante y en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará, además, a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas”.

Se entiende, por tanto, que el informe no posee carácter vinculante y que sus precisiones pueden no ser atendidas siempre y cuando se expongan motivadamente sus razones y sean publicadas. Siendo así las cosas, parece que el poder controlador que quisiera otorgarse a esta entidad independiente se desvanece automáticamente al no poder materializarse por completo. Así mismo, surgen dudas acerca de la relación que estos informes guardan con los estudios de viabilidad establecidos en el art. 285.2. Dice este artículo que: “En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. [...] En los

supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. No habría estado de más aclarar cuáles son las diferencias, si es que existen, entre los conceptos de ‘viabilidad económico-financiera’ del art. 285.2 y de ‘sostenibilidad financiera’ y ‘razonabilidad de la rentabilidad de la concesión’ del art. 333 para así delimitar las funciones de uno y otro estudio/informe.

Por último, es importante apuntar, como se hace en las alegaciones realizadas al Proyecto de Orden Ministerial por el Observatorio de Contratación Pública, que el legislador tampoco se ha detenido en desarrollar los detalles de la organización y funcionamiento de una oficina que deberá abarcar una ingente cantidad de expedientes de concesiones pues le corresponde informar tanto las concesiones de la Administración General del Estado como las de las Entidades Locales (las de ámbito autonómico también podrán ser informadas por ella siempre que las Comunidades Autónomas se adhieran a la ONE; por el contrario, si no lo hacen serán informadas por los órganos autonómicos equivalentes que crearan), en un plazo de tiempo especialmente breve (30 días) lo cual requiere de una “superestructura organizativa” que permita materializar todo lo anterior⁷¹⁷.

Así pues, la Oficina quedará integrada en el también nuevo organismo de control de la contratación que es la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública (art. 332.1 in fine). Pero para conocer los pormenores de su organización y funcionamiento habrá que atender a la correspondiente Orden ministerial. Por el momento, lo que existe es un Proyecto de Orden Ministerial según el cual se determina que la ONE contará con dos grupos de trabajo de apoyo de carácter meramente consultivo: un grupo de administraciones territoriales, y otro de colaboración con el sector privado. Se reunirá cuantas veces sea convocada por el Presidente, y en sesión ordinaria una vez en cada semestre, y los acuerdos se adoptarán por mayoría de los presentes teniendo el presidente voto dirimente en caso de empate.

En cambio, la nueva Ley sí ha desarrollado más ampliamente (art. 333.2) su composición con respecto a las previsiones contenidas en el antiguo TRLCSP que nada establecían al

⁷¹⁷ LAZO VITORIA, X., “La Oficina Nacional de Evaluación...”, *op. cit.*

respecto. Estará presidida por el Presidente de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y contará, además, con representantes de la Administración General del Estado (Intervención General de la Administración del Estado, Dirección General del Patrimonio del Estado, Dirección General de Fondos Comunitarios), y de las organizaciones empresariales de los sectores a los que afecte la contratación, así como con profesionales, académicos o técnicos de reconocido prestigio expertos en la materia. En los casos de informes referidos a una Comunidad Autónoma que se hubiera adherido, o a una Entidad Local, se incluirán también los respectivos representantes de éstas.

La cuestión es que, en tanto en cuanto la ley prevé que el informe se emita a solicitud del poder adjudicador⁷¹⁸ *“no se entiende que el propio poder adjudicador (interesado en la licitación y que ha elaborado y remitido los documentos) forme parte, a su vez, del órgano encargado de informar la adecuación de su propia actuación al marco jurídico vigente”*, más aun cuando se sabe que dicho informe se elaborará sobre la base de la información aportada por ese mismo poder adjudicador (art. 333.5 LCSP). Con representantes de la AGE y de las CCAA y Entidades Locales integrados en la propia composición del a ONE queda en entredicho la imparcialidad que se le presupone.

⁷¹⁸ Art. 333.5: *“Los informes preceptivos serán evacuados en el plazo de treinta días desde la solicitud del poder adjudicador u otra entidad contratante o nueva aportación de información a que se refiere el párrafo siguiente[...] La entidad que formule la solicitud remitirá la información necesaria a la Oficina, quien evacuará su informe sobre la base de la información recibida”*.

CAPÍTULO V

Crítica del riesgo operacional como elemento delimitador de la concesión

I. INTRODUCCIÓN

El reparto de riesgos en cualquier contrato es, que duda cabe, un elemento central del mismo cuyas consecuencias predeterminan el éxito o fracaso del proyecto. Debido a su importancia, la asunción de riesgos, como se ha explicado, debe hacerse de manera responsable y realista, atendiendo a las posibilidades de evitación o mitigación de las partes así como a la mayor o menor capacidad financiera de soportarlos de cada una, con el objetivo de fomentar la prestación más eficiente posible.

Ahora bien, por muy esencial que resulte la cuestión del riesgo compartimos firmemente la opinión de aquella parte de la doctrina que entiende como un error encumbrar al riesgo operacional como criterio de distinción de las concesiones y el resto de contratos. Y es que, en efecto, como explica Laguna de Paz *“el legislador no toma en cuenta que la distinción entre ambos tipos de contratos no está en el riesgo, ni en quién paga la prestación, sino en la diversidad de su objeto, que arrastra un régimen jurídico dispar. De ahí que los contratos de servicios a los ciudadanos se sujeten a unas reglas que coinciden sustancialmente con las de la concesión de servicios públicos”*⁷¹⁹. Así pues, como tratará de explicarse a continuación, la decisión de situar el riesgo operacional como elemento diferenciador clave de la concesión no solo es inútil (pues no sirve realmente para acoger la prestación de servicios públicos y las encarece), sino que también es confusa (fomenta la inseguridad e incertidumbre jurídicas con unos riesgos de demanda y suministro no lo suficientemente claros y definidos), innecesaria (en tanto en cuanto lo único exigible de las Directivas era la transposición del régimen de licitación, no así de los tipos de contratos) y contraproducente (ya que trastoca aspectos positivos ya consolidados en nuestra doctrina como el contrato de gestión de servicio público bajo cuatro modalidades o el principio del equilibrio económico-financiero).

⁷¹⁹ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 44.

II. RAZONES POR LAS QUE EL RIESGO OPERACIONAL NO DEBE CONFIGURARSE COMO CRITERIO DIFERENCIADOR

2.1 Posible incompatibilidad con la teoría económica: ¿riesgo controlable o incontrolable por el concesionario?

Una de las principales cuestiones que saltan a la vista –y sobre la que nos hemos pronunciado ya en varios apartados de este trabajo⁷²⁰ – cuando se analizan las exigencias contempladas para el riesgo operacional en el plano normativo y las defendidas por la doctrina económica sobre la transferencia de riesgos en general, es la aparente contradicción que se plantea entre transferir un riesgo que derive de factores “que escapen al control de las partes”⁷²¹ como exige la Directiva y transferir un riesgo sobre el que la parte pueda incidir de algún modo⁷²² como recomienda la teoría económica al respecto. El dilema es evidente: ¿el riesgo debe ser controlable o incontrolable por el sujeto que lo asume?

Expone muy acertadamente este conflicto Thomas Pez: *“la afirmación según la cual ‘el riesgo de explotación debe tener su origen en factores sobre los cuales las partes no tengan ningún control’ sorprende por diversas razones. [...] el contratista es el que corre los riesgos, quien los asume. Se esfuerza por dominarlos reduciéndolos lo máximo posible, especialmente mediante mejoras en la productividad (y no solamente haciendo que los aseguren otros, personas públicas o usuarios-clientes, transfiriéndoles la carga). Sobre todo, habría una contradicción en rechazar todo control sobre los factores que dan origen al riesgo asumido por el concesionario cuando se presentan los contratos de concesión como contratos de incentivos. [...] ¿Incentivos para qué? Incentivos para reducir el riesgo. Y para reducir el riesgo hace falta ejercer un mínimo de control sobre los factores que influyen en su origen. La mejora de la prestación, de la calidad, de la productividad, la elección de un buen nivel de inversión y de un justo dimensionamiento del proyecto deben permitir aminorar el riesgo que afecta a los ingresos así como el riesgo sobre los gastos”*⁷²³.

⁷²⁰ Vid. *supra* pp. 140 y 153 de este trabajo.

⁷²¹ Considerando 20 Directiva 23/2014.

⁷²² Vid. *supra*. pp. 20 y ss de este trabajo.

⁷²³ (Traducción y subrayado propios) PEZ, T., “Le risque, les concessions ...”, *op. cit.*, p. 247, apartado 46.

Esto es algo que también señala Ruiz Ojeda: *“los contratos permiten un intercambio eficiente y justo de recursos cuando las retribuciones y pérdidas que las partes obtienen guardan correlación estricta con los riesgos que les son asignados y con la diligencia que deben poner en práctica para controlarlos, de manera que la materialización del riesgo supone una pérdida y su efectiva contención, una ganancia”*⁷²⁴, *“Esto quiere decir que todo empresario ha de aplicar sus habilidades con diligencia para controlar los riesgos que le han sido asignados ya que, de no resultar así, las consecuencias negativas de la materialización de la incertidumbre se traducirán en una pérdida o en un menor beneficio. He aquí el juego propio e insustituible de los estímulos o incentivos en la gestión de un proyecto, concretado en el concepto de riesgo empresarial”*⁷²⁵. Y que, del mismo modo, se reflejó en la Comunicación Interpretativa sobre Concesiones en el Derecho Comunitario del 2000: *“el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión”*⁷²⁶. De ahí que resulte un tanto incomprensible que la Directiva se afane ahora por exigir que se transfiera un riesgo que derive de factores “que escapen al control de las partes” o que al menos no aclare dicho extremo.

Siendo esto así, ¿de qué sirve transferir un riesgo si no es para tratar de incidir en el comportamiento de la parte que lo asume? Como ya hemos explicado, desde el punto de vista económico, la transferencia de riesgos se utiliza como instrumento para alinear los intereses de las partes y es evidente que uno solo se siente incentivado si sabe que tiene capacidad para influir en su resultado. De lo contrario, con toda seguridad y como ya explicara en su día García de Enterría para justificar la admisión de excepciones al principio del riesgo y ventura, tendrá lugar la repercusión del riesgo en el precio del contrato, generando la ilusión a la Administración de no estar soportándolo cuando, en realidad, está pagando un precio mucho más alto del que pagaría si hubiera asumido ella

⁷²⁴ RUIZ OJEDA, A., *La concesión de...*, op. cit., p. 272.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 265.

⁷²⁶ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, p. 8.

misma ese riesgo y hubiera afrontado sus costes en aquellos casos más o menos puntuales en los que se hubiera materializado⁷²⁷.

Si siguiéramos al pie de la letra las exigencias de la Directiva de solo transferir riesgos que el concesionario no pueda controlar, estaríamos fomentando contratos en los que el concesionario no estaría nada incentivado (consciente de su incapacidad de influir en el resultado) y totalmente ineficientes (el concesionario subiría los precios como consecuencia directa de la gran incertidumbre que le supone asumir dichos riesgos). Es decir, dicha opción supone todo lo que la literatura económica desaconseja hacer con la distribución de riesgos en relaciones de agencia como éstas.

Así pues, por mucho que la Directiva se esfuerce en reiterar que el riesgo operacional del concesionario debe escapar a su control, en nuestra opinión, esto solo debería interpretarse como la obligación de excluir aquellos riesgos que el concesionario pueda controlar completamente porque solo dependan de la buena o mala gestión (como el de disponibilidad) eliminando el elemento de incertidumbre y, por lo tanto, asegurando la recuperación de la inversión que solo quedaría en sus manos pero nunca podría entenderse como la prohibición de que el concesionario influya con su comportamiento de algún modo en el riesgo.

De lo contrario, podría afirmarse que la novedad del riesgo operacional resulta incompatible con la teoría económica sobre la distribución de riesgos ya que se distorsionaría el fin último de las relaciones de colaboración público-privada que buscan crear sinergias que maximicen las capacidades individuales de cada una de las partes. La participación del sector privado en la prestación de servicios propios de la Administración solo puede entenderse para mejorar, por lo que no tiene sentido que se pretenda desaprovechar la capacidad del concesionario de reducir un riesgo cuando lo ideal sería transmitírselo precisamente por esa razón. Como afirma Ruiz Ojeda: *“En cualquier caso, la transferencia de riesgos al concesionario no es un principio absoluto: se trata de optimizar la transferencia de riesgos. [...] La idea fundamental es que la concesión y sus figuras contractuales afines generen valor [...] mediante el adecuado equilibrio entre los*

⁷²⁷ Para una explicación más detenida *vid. supra*. pp. 29 y 30 de este trabajo y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor...”, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

riesgos transferidos al contratista o socio privado y los retenidos por la Administración”⁷²⁸.

Lo deseable será siempre, por tanto, utilizar la distribución de riesgos de acuerdo a las capacidades de las partes contratantes teniendo en cuenta varios aspectos:

- i) que la imputación de riesgos tiene un poder incentivador si se hace correctamente,
- ii) que la asunción de riesgos no es igual para una y otra parte ya que siempre será mucho más costosa para la concesionaria que para la Administración (aversión al riesgo) y
- iii) que en determinados contratos prevalece la necesidad de garantizar o de promover la estabilidad de la prestación de un servicio a la eficiencia.

Dados estos condicionantes, la transferencia de riesgos será diferente en cada caso, siendo imposible preestablecer una fórmula única idónea para todas las concesiones y siendo incongruente impedir al sujeto que asume el riesgo la posibilidad de incidir en la materialización del mismo. Comparte esta opinión Mellado Ruiz, cuya aportación pasamos a reproducir por su claridad:

“Frente a esta rigidez, se ha señalado que lo lógico hubiera sido establecer pautas realmente ‘estratégicas’ de reparto de los riesgos, en función de la parte más capacitada para su asunción y gestión. El principio concesional de ‘riesgo y ventura’ no implica la asunción inmediata de todo o la parte sustancial del riesgo operacional por parte del contratista (lo que en el fondo repercutiría en el precio exigido a la Administración) sino la distribución funcional de riesgos en base al criterio central del mantenimiento del equilibrio financiero del negocio jurídico. Un riesgo desproporcionado del concesionario haría inviable financieramente, quizás, el negocio. Una asunción –o retención – igualmente desproporcionada de los mismos por la Administración podría implicar un falseamiento de la competencia [...] y un mayor endeudamiento de la misma. Lo lógico parece, pues, articular fórmulas de reparto de las responsabilidades [...] en función de la mayor capacidad de gestión por cada una de las partes: en este sentido, y como se ha dicho, la transferencia del riesgo de demanda al concesionario no parece adecuada, en tanto que debería ser la Administración, a través de estudios previos, la

⁷²⁸ RUIZ OJEDA, A., *La concesión de...*, op. cit., p. 545.

*que analizara, gestionando así el riesgo, la viabilidad o no de las obras o servicios proyectados, es decir, su tasa de demanda potencial*⁷²⁹.

2.2. El *quantum* del riesgo operacional

Otra de las cuestiones que llaman la atención sobre la incorporación del riesgo operacional es la contradicción que supone erigir este riesgo como característico de las concesiones para, a su vez, reducir su exigencia lo máximo posible. Es algo sobre lo que nos hemos referido con detalle en páginas anteriores a las que ahora nos remitimos⁷³⁰. Que el riesgo, en general, ha distinguido tradicionalmente a las concesiones del resto de contratos es algo consolidado, no tanto así que dicho riesgo deba suponer la incertidumbre sobre la recuperación de la inversión realizada. La novedad supuestamente introducida por el riesgo operacional que contienen las Directivas de 2014 es precisamente ésta: la de que asumir el riesgo equivalga a poder incurrir en pérdidas tales que supongan la ruina. La cuestión es que al mismo tiempo que introducen el riesgo operacional como diferencia fundamental entre contratos de servicios y de concesión, las directivas permiten su limitación hasta el punto de que pueda convertirse en un riesgo muy escaso.

Resumidamente, el riesgo de las concesiones ha pasado de tener que ser “preponderante”⁷³¹ o “principal”⁷³² a “significativo”⁷³³, para que actualmente solamente se exija que no sea “nominal o desdeñable”⁷³⁴, es decir, que no sea insignificante. Ha sufrido lo que podríamos llamar un proceso degenerativo que autores como Román Márquez, Huergo Lora o Thomas Pez no han dudado en señalar, que lo reduce en la actualidad a una cantidad de riesgo que, sin llegar a ser tan mínimo como para que pueda

⁷²⁹ MELLADO RUIZ, L., “Aproximación a la influencia...”, *op. cit.* p. 2486.

⁷³⁰ Para recordar el proceso degenerativo sufrido por la exigencia de la transmisión del riesgo. *Vid. supra* pp. 145 y ss de este trabajo.

⁷³¹ “el operador económico no soporta el riesgo *preponderante* vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que caracteriza la situación de un concesionario en una concesión de servicios” STJUE de 11 de junio de 2009, asunto *Oymanns* (C-300/07), apartado 75.

⁷³² “es preciso señalar que la esencia de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico *principal* o, cuando menos, *sustancial*, de explotación”. STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto *Helmut Müller* (C-451/08), apartado 75.

⁷³³ “la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte *significativa* del riesgo que corre” STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto *Privater* (C-274/09), apartado 29.

⁷³⁴ Art. 5 Directiva 23/2014.

despreciarse, puede estar levemente por encima de tal calificación siendo verdaderamente escaso.

Así las cosas, cabe preguntarse qué sentido tiene entonces la elección de este criterio para la diferenciación entre contratos si, en la práctica, puede haber algunos de ellos que tengan un riesgo prácticamente idéntico. Esto es algo que destaca Huergo Lora: “*A fuerza de rebajar el «riesgo operacional» [...] ese concepto ha «adelgazado» tanto que casi se ha quedado en el puro hueso del principio de riesgo y ventura, predicable de todos y cada uno de los contratos*”⁷³⁵. Así, por ejemplo, resulta discutible encontrar diferencias significantes, en lo que a riesgo se refiere, entre un contrato de recogida de residuos y un contrato de prestación del servicio de enseñanza. Según la doctrina de nuestros órganos consultivos contractuales⁷³⁶, el primero no constituye un contrato de concesión por no existir riesgo suficiente, sin embargo, el segundo sí, a pesar de que reconoce que el riesgo que existe es muy limitado⁷³⁷. Es cierto que mientras el contrato de recogida de basura se presta sin competencia y sin variabilidad en la demanda, el de educación es un contrato con algo más de incertidumbre al tener los padres libertad de elección del centro educativo. No obstante, esta libertad está muy limitada pues los ayuntamientos determinan el número de plazas que deben ofertarse en cada uno de los centros, por lo que la demanda está prácticamente asegurada. El único riesgo real que existe, y así se indica en una de sus resoluciones⁷³⁸, es el del impago. Si este riesgo (el de impago), que no constituye en sentido estricto riesgo operacional (pues el riesgo de demanda consiste en que el número de usuarios varíe, no en que estos no paguen) es suficiente como para que las posibles pérdidas que pueda acarrear superen la calificación de “nominales o desdeñables” es una cuestión que habrá de dejarse en manos de nuestros tribunales. A nuestro juicio, el mero riesgo de impago no debería suponer la categorización del contrato como uno de concesión pues no puede decirse que éste suponga transferencia de riesgo operacional⁷³⁹.

⁷³⁵ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, pp. 39, 40 y 47.

⁷³⁶ Informes 4/2011, de 22 de noviembre, y 4/2012, de 9 de mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana.

⁷³⁷ Resoluciones 110/2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y 97/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

⁷³⁸ Resolución 97/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

⁷³⁹ Cuestión diferente sería si las plazas no están limitadas por el Ayuntamiento y/o si parte de los ingresos provienen de servicios “extraescolares” o “complementarios” a los de enseñanza en los cuales sí se da un

No vemos diferencia alguna, por el contrario, entre el riesgo en un contrato de recogida de basuras y uno de abastecimiento de agua y, sin embargo, son considerados contratos diferentes (el primero, de servicios; el segundo, de concesión)⁷⁴⁰. Tampoco apreciamos grandes diferencias entre la prestación del servicio de enseñanza y la de asistencia a mayores cuando, debido a la escasa cantidad de habitantes, son los únicos que existen en una determinada población. Y es que hay resoluciones que califican como contrato de servicios aquel por el cual se presta sin competencia un servicio social en una determinada población⁷⁴¹. ¿Cabría entonces entender que un mismo contrato de enseñanza es un contrato de servicios cuando es el único centro que existe en una determinada población, pero es un contrato de concesión cuando se encuentra en poblaciones mayores donde existe algo más de competencia a pesar de que ésta, como hemos visto, sea muy limitada? Como lo único que se necesita para hablar de concesión es que exista ‘un poco’ de riesgo, podría responderse a dicha pregunta que sí.

Resulta, cuanto menos, paradójico que un concepto como es el riesgo en las concesiones que ha ido perdiendo relevancia a lo largo de los últimos años, halle en el legislador comunitario su principal propulsor al otorgarle el carácter de elemento clave en las

riesgo de demanda real. *Vid.* Resolución 127/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

⁷⁴⁰ La STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Eurawasser*, C-206/08, califica como concesión la prestación del servicio público de suministro de agua potable y el tratamiento de aguas residuales, a pesar de que sea “*corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren*”. Concretamente se refiere a la obligación normativa que existe de conexión a las redes de suministro de agua. En el momento en que se dicta la sentencia la exigencia era la de transmitir todo o “una parte significativa” del riesgo que existiera (fuera éste mucho o poco). A día de hoy la exigencia es la de que este riesgo no sea “nominal o desdénable”. Salvo resolución futura en contrario, no parece que la calificación como concesión de este tipo de contratos vaya a cambiar, tal y como demuestra la más reciente Resolución 645/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que confirma el carácter concesional de un contrato de abastecimiento de agua potable y alcantarillado formalizado por el Ayuntamiento de Quintanar de la Orden, Castilla la Mancha. Y ello, a pesar de que el contrato prevé unos supuestos de reequilibrio económico entre los que contempla la variación de los gastos de explotación o la variación de los ingresos que derive de un descenso en el consumo del agua de más del 10%. Todo ello refuerza la idea de que a día de hoy no es necesario, para entender transferido el riesgo operacional, que exista una gran transferencia de riesgo, sino que basta con que sea escaso.

⁷⁴¹ El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución 221/2015, de 23 de diciembre, calificó de servicios un contrato de atención a personas mayores y dependientes en un centro de día por considerar inexistente el riesgo que requieren las concesiones. La libertad de elección de centro de los usuarios o familiares estaba fuertemente limitada por ser éste el único centro de similares características que prestaba servicio en todo el municipio y en otro colindante, ello sumado al reducido número de plazas que se encontraban limitadas (15 en concreto), y la escasa duración del contrato (un año), hicieron evidente que la variabilidad de la demanda era una mera ilusión y no algo real.

Directivas. Sorprende más si cabe si se tiene en cuenta que, en vista de la decadencia del concepto, incluso escogiendo el riesgo operacional como criterio delimitador, podría no haber exigido como requisito incuestionable que la inversión no quede garantizada, y haber optado mejor por caracterizarlo solamente con la existencia de cierta incertidumbre en la remuneración derivada del mercado (esto es, de la frecuentación del servicio ya sea en forma de riesgo de demanda o de suministro). Ello ya lo diferenciaría del resto de contratos que no tienen riesgos vinculados al mercado pues perciben una retribución fija y cuyos riesgos son de otro tipo. Esto es, básicamente lo que los ha venido diferenciando desde siempre nuestra legislación de contratos.

2.3. Introducción de un concepto de naturaleza contable

Otro de los inconvenientes que le encontramos a la elección del riesgo operacional como elemento característico de los contratos de concesión es su naturaleza contable. Su introducción supone vincular la tipología de los contratos a un ámbito como es el de la contabilidad de los estados que es totalmente ajeno a las inquietudes e intereses de las instituciones europeas en materia de contratación pública (publicidad, no discriminación, libre concurrencia...)

Lo anterior provoca una fusión de dos ramas para las que la Unión Europea, sin embargo, tiene mecanismos de control independientes. Por un lado están las exigencias licitatorias previstas para los diferentes tipos de contratos que contemplan las directivas como medio para garantizar la apertura al mercado de todos los contratos públicos (aspecto jurídico); por otro, la normativa del reglamento SEC para controlar que los Estados no computen operaciones que sí tienen incidencia a efectos de déficit o deuda (aspecto contable). Ambos intereses de la Unión Europea, a pesar de ser de diferente naturaleza, se basan ahora, sin embargo, en un criterio similar: el riesgo operacional.

Debe tenerse muy presente este desdoblamiento del concepto de riesgo operacional. Podría pensarse que es el mismo concepto el que sirve ahora tanto para determinar si un contrato es una concesión o un contrato de servicios (para aplicarle el régimen licitatorio que le corresponda), como para saber si computa o no. Sin embargo, como se ha explicado, los riesgos que conforman el riesgo operacional de la normativa SEC (riesgo de construcción y riesgo de demanda y/o riesgo de disponibilidad) no son exactamente los mismos que los que se contemplan en la directiva y en nuestra LCSP (riesgo de

demanda y/o riesgo de oferta). No son conceptos homogéneos, lo cual complica enormemente su comprensión. El legislador europeo utiliza un mismo término para darle un contenido diferente en función del ámbito en el que se encuentre: si hablamos del riesgo operacional a efectos de determinar el régimen de publicidad que debe aplicarse a un contrato, el contenido será uno; si nos referimos al riesgo operacional con el objeto de conocer si el contrato en cuestión computa o no a efectos de déficit y deuda, será otro.

Podría pensarse en un primer momento que, con un ánimo homogeneizador, el legislador ha pretendido concordar el régimen de licitación de los contratos y la contabilidad de los mismos a través de un mismo concepto, de manera que cuando se hablase de concesión en cualquier Estado Miembro se tuviera la garantía de estar hablando de contratos que no computan, y viceversa, cuando se hablara de contratos de servicios, se pudiera afirmar que dichos contratos sí computan. Pero como se advierte detalladamente en otro apartado de este trabajo⁷⁴², las diferencias entre los riesgos de la normativa SEC y de la Directiva no se pueden obviar, por lo que resulta imposible armonizar los conceptos en ambas normas.

A día de hoy no se puede afirmar con rotundidad que los contratos que sean calificados como concesiones por nuestra LCSP no vayan a computar en las cuentas del Estado pues nuestra norma permite, para calificar el contrato como concesión, que el riesgo operacional que se transmita sea *muy reducido*; mientras que SEC exige, para que no compute, que se transfiera *la mayoría* del riesgo al concesionario. Y del mismo modo, no puede garantizarse que nuestros contratos de servicios no computarán en ningún caso, pues pueden retribuirse de acuerdo a un riesgo de disponibilidad que sí es suficiente para SEC para no contabilizar la operación. En definitiva, lo fundamental que debe recordarse es que el aparente paralelismo que existe entre el riesgo operacional de la Directiva y el utilizado en SEC 2010 no es completo⁷⁴³ pues se trata de normas diferentes, aplicadas por órganos diferentes, que persiguen objetivos totalmente diferentes, para los cuales prevén tipos de riesgos y estándares y limitaciones diferentes. Resulta completamente lógico entonces que las consecuencias de una y otra norma sean, por tanto, también diferentes.

⁷⁴² Vid. *supra* pp. 176 y ss de este trabajo.

⁷⁴³ Huergo Lora admite que si bien la equivalencia entre riesgo de suministro y disponibilidad es discutible, existe un evidente paralelismo entre los riesgos de demanda y suministro de la Directiva y los de demanda y disponibilidad de SEC. Vid. HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional...”, *op.cit.*, p. 42.

Huergo Lora expone esta inseguridad de la que hablamos: *“La calificación de un contrato como concesión a efectos de la Directiva debería implicar que el mismo no computa como déficit y deuda a efectos de SEC 2010, pero tal objetivo no está completamente asegurado porque se trata de normas diferentes, aplicadas por órganos diferentes. Además, la calificación del contrato a efectos de SEC 2010 puede variar a lo largo del tiempo, puesto que en cada ejercicio habrá que calificar las diferentes partidas. Ha sucedido, y podría volver a suceder en un determinado ejercicio se exija computar como déficit y deuda el importe de un contrato celebrado años atrás, y ya en curso de ejecución, como consecuencia de un cambio de criterio sobre su clasificación en términos de SEC-2010”*⁷⁴⁴.

Ahora bien, al margen de que esta novedad pueda tener efectos muy negativos en términos de seguridad jurídica por la confusión que genera, lo verdaderamente relevante es comprender que un criterio como el riesgo operacional no puede ser el elemento caracterizador de un tipo contractual. No parece apropiado pretender distinguir tipos de contratos por las consecuencias que puedan tener a nivel presupuestario para los estados que los formalizan. Como señala Laguna de Paz: *“Los criterios contables que se tomen en cuenta para el cómputo del gasto público no tienen por qué trasladarse a la clasificación de los contratos administrativos”*⁷⁴⁵. El tipo contractual debe consistir en una descripción abstracta que permita abarcar todas aquellas prestaciones que, al compartir un mismo objeto o naturaleza, consistan en lo mismo y deban ser sometidas a un mismo régimen que los distinga del resto.

Lo demuestra el hecho de que en la normativa actual subsistan dos tipos contractuales diferentes con un mismo régimen. ¿Por qué son contratos diferentes si consisten en la misma prestación – recuérdese que el objeto, en teoría, puede ser el mismo – y se les aplica el mismo régimen? ¿Qué sentido tiene simplemente otorgarles una calificación jurídica distinta en virtud del riesgo asumido? Esta incongruencia se refleja en el hecho de que el contrato de gestión de servicio público, aun habiendo sido suprimido formalmente, resurja en la forma de contratos de servicios dirigidos a los ciudadanos. Esto demuestra que *de facto* no pueden hacerse desaparecer tipos contractuales sin más

⁷⁴⁴ HUERGO LORA, A., “Skin in the game: ...”; *op. cit.*, p. 29.

⁷⁴⁵ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 47. En el mismo sentido Fuertes López afirma que tales criterios contables “no son los que deben determinar la naturaleza ni la causa de los contratos”. *Las desventuras del ...*, *op. cit.*, p. 154.

en base a exigencias contables, pues las exigencias jurídicas que los hicieron emerger en su día volverán a provocar su materialización aunque tenga que ser de forma duplicada: *“esa subsistencia [del contrato de gestión de servicio] se reconoce en la aceptación de que, aun tratándose de contratos de servicios en razón del criterio de ‘riesgo asumido’, su régimen jurídico puede y debe completarse con el que, tradicionalmente, ha caracterizado al de gestión de servicios públicos”*⁷⁴⁶.

La concesión se ha caracterizado tradicionalmente por consistir precisamente en la transferencia de una esfera de actuación de la Administración al concesionario a la que éste no habría podido acceder de otro modo. La cuestión del riesgo fue posterior. El especial tipo de riesgo que constituye la explotación de un negocio que implica cierta incertidumbre sobre la remuneración al depender de las vicisitudes del mercado, más que una característica principal es una consecuencia lógica de dejar en manos de un operador privado la gestión y prestación de un servicio. Sin embargo, tanto la directiva como nuestro legislador ignoran esa transferencia de una esfera vedada al concesionario y simplemente ahondan en el elemento del riesgo. Inevitablemente, la figura contractual queda entonces coja.

Ahora bien, incluso aceptando que la característica de la transferencia del riesgo deba incluirse en el tipo contractual, consideramos que lo aconsejable sería que el tipo contractual se base en el *tipo de riesgo* que asume el operador (de explotación/de mercado/operacional –llámese como se quiera), pero no en la *cantidad de riesgo* que asume. Lo caracterizador, lo que verdaderamente supone una diferencia en la concesión, es que no se perciba una remuneración fija sino variable en función de algo ajeno que no dependa solo de la mera buena administración (pero tampoco necesariamente incontrolable por completo, como ya hemos explicado). Es ese hecho, junto con el tipo de servicios a los que accede, lo que es distinto al resto de contratos (en donde los riesgos son de otro tipo y no dependen nunca del mercado, sino que son riesgos internos, de buena administración, de imprevistos, etc). Pero la cantidad de riesgo de explotación, es decir, que ese riesgo sea mayor o menor, pueda poner en apuros al concesionario o no, le permita garantizar la inversión y exponerse a la quiebra o no, además de depender de las características de cada contrato y de las necesidades de la Administración con respecto a

⁷⁴⁶ Sobre esta pervivencia del contrato de gestión de servicios públicos y la duplicidad de regímenes de buena cuenta VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato...”, *op. cit.*, pp. 298 y 303.

ese servicio, únicamente tendrá relevancia a efectos contables, es decir, a la hora de determinar qué operaciones llevadas a cabo por la Administración computan y cuáles no según la normativa SEC, pero nunca esa cantidad de riesgo asumida debería incidir en la calificación del contrato. Es decir, en caso de admitir la utilización del riesgo como diferenciador principal, es el *tipo de riesgo* el que debería determinar el tipo de contrato; mientras que la *cantidad de riesgo*, si computa o no.

La introducción de estas ideas presupuestarias en el seno del contrato de concesión ha despertado en las Administraciones intereses contables que han provocado comportamientos determinados en la forma de prestar servicios (directa o indirectamente) para evitar la incidencia en el déficit ante las limitaciones de gasto impuestas por la Unión Europea. Ésta es la razón por la que especialmente en los años 90 se recurrió a la técnica concesional en las prestaciones sanitarias y sociales⁷⁴⁷. Se dieron todo tipo de situaciones: tanto concesiones ‘simuladas’ en las que se fingía la transferencia de un riesgo que realmente no era tal, con el simple objetivo de evitar que la prestación consolidara; así como concesiones no simuladas sino efectivas, con la correspondiente transferencia del riesgo requerido, pero con la consecuente repercusión del mismo en el precio que provoca siempre la transmisión de riesgos sin sentido económico.

Ahora bien, toda esta problemática no se soluciona, ni mucho menos, con la caracterización de la concesión con el riesgo operacional. Dice Hernández González que, a pesar de que todo parezca quedarse igual que antes pues la mayoría de antiguas concesiones se convertirán ahora en contratos de servicios con un régimen especial, sí hay algo que debe destacarse: que “*a diferencia de las concesiones, los contratos de servicio público sí computan a efectos de deuda pública*”⁷⁴⁸ con la consecuente repercusión en el déficit y gasto de las Administraciones. A nuestro juicio habría que hacer dos matizaciones: la primera es que no puede asegurarse que esto vaya a ser así y que los contratos de servicios vayan a computar siempre y en todo caso pues cuando estos contemplen una transmisión del riesgo de disponibilidad sin que quede garantizado el retorno de la mayoría de la financiación por otros medios, según SEC, no computarán⁷⁴⁹; y la segunda es que, en principio, esos contratos que antes eran concesiones pero que

⁷⁴⁷ VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de...”, *op. cit.*, p. 155 y ss.

⁷⁴⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios...*, *op. cit.*, pp. 313 y 314.

⁷⁴⁹ *Manual on Government...*, *op. cit.*, p. 333, párrafo 6 y p. 342, párrafo 51.

ahora serán contratos de servicios precisamente porque en muchos de ellos se garantiza la inversión por diversos medios, también computaban antes a efectos de déficit público porque la normativa SEC se aplica con independencia de la calificación del contrato; y si eran contratos donde la inversión estaba garantizada, por mucho que transmitieran riesgo de explotación y los llamáramos concesiones, también computarían entonces⁷⁵⁰.

Por tanto, sigue siendo perfectamente posible que los estados, en contextos de excesiva preocupación presupuestaria y con la intención de reducir su déficit y deuda, opten por soluciones de ‘ingeniería financiera’ que consistan en transmitir a toda costa un riesgo (de demanda o de suministro) al operador privado que éste no pueda controlar ni mitigar de ningún modo. Si dicho contrato no contiene garantías de la inversión, será considerado una concesión y no computará en las cuentas del Estado como gasto. De este modo, se falsearían los datos de contabilidad estatal porque no computando, sí debería hacerlo pues, en realidad, ese riesgo está siendo asumido por la Administración de manera diferida en el tiempo por la vía de la repercusión del precio. Esta situación es difícil de evitar. No se evitaba antes y tampoco se puede evitar ahora.

2.4. El riesgo operacional no es el único criterio delimitador de la concesión

Dice la exposición de motivos de la LCSP 2017 lo siguiente: *“Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es [...] quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración estaremos ante un contrato de servicios”*. Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley”. La claridad expositiva del texto legislativo es total; ahora bien, en nuestra opinión, el encumbramiento, de manera absoluta e incuestionable, del riesgo operacional como clave de bóveda de la diferenciación entre contratos da lugar a disfunciones. Afirmaciones como las anteriores o en las que se

⁷⁵⁰ Esto es así porque la norma contable exige para que no compute que no esté garantizada la mayoría de la inversión: “Cualquier mecanismo por el que la Administración asuma la mayoría de los riesgos del proyecto (por ejemplo, vía cláusulas de resolución, financiación mayoritaria o provisión de garantías por la Administración) determinarán la contabilización del activo en el balance de la Administración con independencia del análisis de los riesgos mencionados”. Traducción propia. *Manual on Government...*, op. cit. p. 342, párrafo 51.

establece que “*lo determinante ya no es el objeto sino la forma de retribución del contratista*”⁷⁵¹ dan lugar a error.

En efecto, el riesgo operacional resulta determinante para la distinción entre contratos y concesiones, pero no es el único requisito a contemplar. Como ya se adelantara en el apartado oportuno al que ahora nos remitimos⁷⁵², la concesión de servicios no se define única y exclusivamente a partir del riesgo operacional a pesar de que la doctrina, el legislador europeo y el español así lo hayan hecho entender, sino que requiere de la concurrencia de otros dos elementos fundamentales (art. 15 LCSP)⁷⁵³:

- i) que el servicio sea *titularidad o competencia* de la Administración, y
- ii) que la prestación consista en la *gestión de un servicio* (un servicio que el concesionario presta en lugar de la Administración, esto es, debe dejarse en manos del concesionario la organización del mismo y descartarse aquellos servicios que simplemente satisfacen necesidades a la Administración en las que el contratista es un mero proveedor⁷⁵⁴).

Y es que probablemente la introducción del concepto de riesgo operacional haya acaparado tanto la atención que hayan pasado desapercibidos estos extremos de vital importancia. De la mera desaparición del adjetivo “públicos” del contrato de concesión de servicios en la nueva Ley⁷⁵⁵, se han dado por sentadas afirmaciones que generan ciertas disfunciones como la que apunta, muy acertadamente, Manent Alonso: “*Puede ocurrir que un contratista adquiera el derecho a explotar una obra o servicio sin asumir riesgo operacional del negocio y viceversa*” pues “*es perfectamente posible que un contratista*

⁷⁵¹ MANENT ALONSO, L., “Artículo 15. Contrato de...”, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁵² *Vid. supra* pp.199 y ss de este trabajo.

⁷⁵³ Son tres los requisitos: servicio de la titularidad y competencia de la Administración, transferencia de la gestión de un servicio, y asunción del riesgo operacional.

Art. 15 LCSP: “1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores **encomiendan** a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, **la gestión de un servicio** cuya prestación sea **de su titularidad o competencia**, y cuya contrapartida venga constituida bien por el **derecho a explotar los servicios** objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la **transferencia al concesionario del riesgo operacional**, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

⁷⁵⁴ Éste ha sido siempre el sentido de la concesión tal y como refleja el informe 65/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: “[en la concesión] el concesionario *actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio*”.

⁷⁵⁵ Se ha pasado de “contrato de gestión de servicios públicos” (dentro del cual se encontraba la modalidad de la concesión) del TRLCSP al “contrato de concesión de servicios” de la nueva LCSP.

haga suyo el riesgo de demanda o suministro de una actividad sin asumir la explotación del servicio. Así puede ocurrir con la contratación de la representación de un espectáculo de carácter artístico en el que se retribuya a la compañía de teatro con la recaudación de la taquilla. Si esta no gestiona la infraestructura, no realiza la publicidad del evento, ni recauda directamente, aunque haga suyo el riesgo de demanda, no asume la explotación de la actividad”⁷⁵⁶.

Lo que Manent Alonso refleja es que “explotación” (o gestión) y “asunción del riesgo operacional” no van siempre de la mano sino que se pueden separar. *“La explotación solo implica la asunción, por parte del contratista, de ‘los aspectos técnicos, financieros y de gestión’ de una obra o servicio. La transferencia del riesgo operacional, en cambio, exige asumir los riesgos de demanda o suministro o ambos”⁷⁵⁷.* Y si bien sabemos que existen contratos en las que los contratistas a pesar de tener encomendada la gestión de un servicio no asumen el riesgo operacional del negocio porque tienen garantizada una rentabilidad mínima (recuperación de la inversión); sin embargo, hemos de ser conscientes de que existe la posibilidad de que algunos servicios consistentes en la mera prestación de una actividad (sin asunción de la gestión) también asuman el riesgo operacional. ¿Qué calificación merece en ese caso ese contrato? Si siguiéramos la doctrina mayoritaria se trataría de una concesión de servicios en virtud de la asunción del riesgo operacional pues es el único criterio delimitador; no obstante, a nuestro juicio debería calificarse como un contrato de servicios en tanto en cuanto, a pesar de asumir el riesgo, no cumple con el resto de requisitos de las concesiones pues el contratista no gestiona el teatro sino que se limita a representar su obra bajo las condiciones que la Administración le exija en el contrato.

Lo anterior demuestra que la utilización del elemento del riesgo operacional como único criterio delimitador de las concesiones es una misión fallida. Lo hemos venido señalando a lo largo de este trabajo: los contratos de concesión no se pueden desvincular de la naturaleza de sus servicios, pues consisten tal y como reflejaban los postulados y dogmática tradicionales, en la transferencia al concesionario de una esfera de actuación

⁷⁵⁶ MANENT ALONSO, L., “Artículo 15. Contrato de...”, *op. cit.*, p. 155 y nota al pie 36.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

propia de la Administración. El riesgo de dichos contratos siempre fue, y debería seguir siendo, una realidad secundaria.

2.5. No promueve una conducta más responsable del sector privado al contratar

Cuando se analiza de manera preliminar y superficial la nueva configuración contractual de nuestra Ley de Contratos con la incorporación del riesgo operacional, puede dar la impresión de que al trasladar un riesgo que verdaderamente puede afectar de manera negativa a la economía del concesionario, se está promoviendo una actitud más responsable de éste a la hora de apostar por proyectos con valor social negativo, o los también llamados, “elefantes blancos”⁷⁵⁸. Gómez y Ganuza, a propósito de la reforma del régimen de RPA que antes preveía el TRLCSP y que introdujo la Ley 40/2015, observan este mismo fenómeno: “*si la empresa sabe que será –con seguridad o con muy alta probabilidad – compensada de sus pérdidas o de la baja rentabilidad, mediante un reequilibrio de la concesión o mediante la llamada impropia RPA [...] se mostrará dispuesta a llevar a cabo la infraestructura, aunque probablemente carezca de valor positivo*”⁷⁵⁹. Es cierto, y por ello pensamos que dicha modificación fue un primer paso importante para evitar el derroche de recursos públicos. El hecho de eliminar de la ley el derecho reconocido del concesionario a ser indemnizado por la Administración en caso de resolución fuera cual fuera la causa (incluida, por tanto, la insolvencia) evita que, *per se*, la concesión se convierta en un contrato demasiado atractivo para el inversor con el consecuente incentivo para desarrollar proyectos para los que no exista necesidad real alguna (‘proyectos con valor social negativo’ o ‘elefantes blancos’). Ahora bien, el problema es que hemos pasado con la nueva ley al extremo contrario: las concesiones se vuelven ahora contratos muy poco atractivos para el inversor, y sin embargo, ello no hará necesariamente que se vuelvan más responsables pues nada impide que encaucen sus intereses bajo una forma contractual distinta como la del contrato de servicios a los ciudadanos en los que, por la vía de los pliegos, se puede prever algún tipo de compensación para supuestos de resolución o diseñar un sistema retributivo que, en

⁷⁵⁸ Aquellos para los que no existe una demanda y necesidad reales. GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F., “El reparto óptimo de riesgos...”, *op. cit.*, p. 111. También *vid. supra* nota al pie 711 de este trabajo.

⁷⁵⁹ GANUZA FERNÁNDEZ, J.J., y GÓMEZ POMAR, F., “El derecho y los dispendios”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, n°2, 2016, p. 2. Accesible: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314358/404472> [acceso el 20 de noviembre de 2018]

último término, tenga los mismos efectos que tenía la antigua RPA del art. 270.2 del TRLCSP: garantizar la inversión.

Por ello decimos que la introducción del riesgo operacional no tiene verdadera incidencia en ese sentido. Y es que insistimos en la idea de que la cantidad de riesgo que se transmite no debería ser una cuestión a preestablecer legalmente. No nos parece oportuno que se sustituya un régimen en el que se garantizaba la inversión en todo caso (fuera cual fuera la causa, incluida la mala gestión⁷⁶⁰) por un régimen contrario pero igualmente radical: toda concesión deberá asumir el riesgo operacional. No puede fijarse una única medida de riesgo para todas las concesiones. No hay que elegir entre convertir a la concesión en un contrato excesivamente seguro, como lo era antes; o en uno completamente incierto, como pretende ser ahora. En cada caso concreto lo ideal y eficiente será hacer una cosa u otra, en función, especialmente, de si el concesionario tiene capacidad para controlar los riesgos o no, o de si se trata de un servicio esencial para el que deba garantizarse la continuidad. Estos, y no lo establecido en un artículo de una ley, son los parámetros a tener en cuenta a la hora de decidir la distribución de riesgos en una colaboración público-privada. Es a lo que se refiere Laguna de Paz cuando establece que el riesgo debe ser un “factor de eficiencia”⁷⁶¹. Algo que debería quedar al margen de su determinación *ex lege*.

Mientras la ley prevea bajo el tipo contractual que quiera, las dos posibilidades: contrato sin garantizar la inversión (concesión) y contrato garantizando la inversión (contrato de servicios), en nada se influirá la conducta del inversor ni de la Administración misma. Si no les encaja una fórmula, optarán por la otra porque materialmente no se ha suprimido ningún contrato, sino que se ha refundado.

Otra cosa habría sido si la gestión de servicios públicos solo pudiera prestarse mediante concesión (asumiendo el riesgo operacional) porque no se hubiera creado el contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos. En ese caso, sí que se promovería una conducta más responsable en el inversor que solo optaría por la concesión en caso de estar muy seguro de la rentabilidad del proyecto pues no habría otra vía que pudiera utilizarse; pero, por

⁷⁶⁰ Lo que nos parece incorrecto del régimen anterior es que fruto de una mala gestión que llevara a la insolvencia y quiebra del operador, la Administración tuviera en todo caso que cubrir el coste de la inversión; por el contrario, si nos parecía oportuno el régimen general que se preveía que tendía a asegurar la prestación de los servicios públicos por la vía de una remuneración suficiente, o mediante el reequilibrio que asegurara la inversión frente a los riesgos externos.

⁷⁶¹ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos...”, *op.cit.*, p. 54.

otro lado, obtendríamos un evidente perjuicio en los servicios esenciales que se verían totalmente desprotegidos (algo inviable para la Administración). Por tanto, se podría decir que el aspecto positivo de promover una actitud más responsable del sector privado en su iniciativa a la hora de contratar con la Administración habría que atribuírselo a la modificación que hizo la Ley 40/2015 del –mal llamado – régimen de Responsabilidad Patrimonial según la cual se impidió que se asegurara por ley la recuperación de la inversión en cualquier supuesto de resolución del contrato. En cualquier caso, dichos beneficios deben valorarse con cautela pues solamente impidieron que los concesionarios fueran indemnizados incluso en casos de insolvencia culpable, esto es, en casos de mala gestión, pero la Ley anterior (TRLCSF) no impedía que la inversión quedara asegurada por otros medios contractuales (garantías explícitas, o garantías menos explícitas como la fijación de sistemas de remuneración muy generosos) por lo que, en general, el incentivo de la responsabilidad no era tan importante como pudiera parecer.

Sea como fuere, de la introducción del riesgo operacional no puede decirse que derive una mayor conciencia o responsabilidad de los operadores privados porque el riesgo operacional viene de la mano de un contrato nuevo (el de servicios a las personas) que sustituirá a las antiguas concesiones de servicios públicos y en los que la inversión si podrá quedar asegurada.

2.6. Incompatibilidad con la prestación de servicios públicos esenciales

Como se ha venido señalando son varios los aspectos que, a nuestro juicio, cuestionan la idoneidad del riesgo operacional como elemento definidor de las concesiones, pero sin duda, la mayor de las críticas tiene que ver con la incapacidad de este nuevo contrato para acoger la delegación de servicios públicos de las Administraciones en el sector privado, que es, precisamente, el tipo de servicios que han dotado de contenido a la concesión desde sus orígenes.

En efecto, ya lo decía Villar Palasí, la concesión ha sido siempre “*la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración Pública*”⁷⁶². Concretamente, lo que se transfiere es la función prestadora de la Administración de manera que el concesionario queda subrogado en la posición del Estado aunque sea de

⁷⁶² VILLAR PALASÍ, J.L., “Concesiones administrativas”, *op. cit.*, p. 687.

modo parcial (solo en determinadas funciones y no en sus poderes los cuales se comparten con la Administración)⁷⁶³. ¿Qué otra cosa puede entenderse por “concesión” si no es “conceder” algo al operador privado que, en condiciones normales, le estaría vedado? La concesión es, por excelencia, el tipo de contrato a través del cual la Administración materializa la prestación indirecta de sus servicios (además del concierto y las fórmulas de gestión interesada y empresa mixta, todas ellas ahora reconvertidas en contratos de servicios). Así lo reconoce la nueva Ley en el art. 284.1: *“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares”*.

Cuando se analizan las modalidades de las que disponía la Administración en el TRLCSP para la prestación indirecta de los servicios se advertía un común denominador: que no existía un riesgo tal como para poner en peligro la supervivencia del servicio. No puede existir si tenemos en cuenta que los contratos administrativos, en general, y las concesiones (o modalidades de prestación indirecta de servicios) en concreto, son el instrumento para la satisfacción del interés general. La Administración no puede desentenderse, ni renunciar a sus competencias, por lo que está en el ‘ADN’ de estos contratos el aseguramiento de la correcta prestación de los servicios, para lo cual, lo más importante es garantizar la viabilidad económica de los mismos que evite incumplimientos, rebajas de calidad o, en último término, la quiebra⁷⁶⁴. Pero es que esta ausencia de riesgo operacional no solo se debe a los mecanismos tradicionalmente previstos en la normativa para la protección económica de estos contratos⁷⁶⁵ sino que el ámbito natural en el que los mismos se desarrollan también revelan una falta de riesgo o la existencia de un riesgo muy limitado. En general, este tipo de servicios tienen una demanda muy inelástica por su esencialidad y en muchos casos se añade el hecho de que

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 700.

⁷⁶⁴ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 53.

⁷⁶⁵ Lo demuestran algunos artículos del RSCL de los que se desprende una clara intención por asegurar un mínimo de rendimiento y evitar la quiebra: Art. 126.2 b) *“La retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial”*. Y art. 129.3: *“En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”*.

se prestan en exclusiva, esto es, sin competencia (ej. recogida de basuras, abastecimiento de agua). Si a ello le sumamos tanto una Administración adjudicadora como una normativa de contratos (TRLCSF y RSCL) favorables a la fijación de un precio que permita cubrir los costes más un razonable beneficio industrial, así como el establecimiento de unos mecanismos de reequilibrio de la ecuación económica para determinadas situaciones, puede decirse que el riesgo es, en caso de que exista, un riesgo muy reducido⁷⁶⁶.

Por todo ello, compartimos la visión de Laguna de Paz según la cual: *“la exposición del contratista al mercado no debe ser tal que haga peligrar la adecuada ejecución del contrato, lo que supondría un grave perjuicio para la prestación de una actividad esencial. En ese sentido, el riesgo operacional debe operar más bien como un factor de eficiencia. Se trata de que el empresario gane más, si su gestión es más eficiente, o menos, si lo es menos y la coyuntura es peor, pero –en lo posible – sin poner en riesgo el buen fin del contrato”*⁷⁶⁷. Y es que, como explica Villar Rojas en concreto con respecto al servicio sanitario (pero extensible su argumentación a cualquier servicio del mismo tipo) *“El ánimo de lucro del concesionario (‘riesgo y ventura’) choca con la protección de la salud; en concreto, con la exigencia de emplear todos los medios que sean necesarios para su recuperación o mantenimiento (‘cueste lo que cueste’)*⁷⁶⁸.

Ejemplo de esta imposibilidad de exponer a determinados servicios a las verdaderas vicisitudes del mercado que exige el riesgo operacional es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres que establece en su art. 19.2 el régimen económico-financiero al que queda sujeto el contrato de prestación de dicho servicio público señalando lo siguiente: *“Las tarifas así establecidas, junto con las demás compensaciones, económicas o de otra índole, a que, en su caso, tenga derecho el contratista, deberán cubrir la totalidad de los costes de explotación del transporte en las condiciones señaladas en el correspondiente contrato de gestión de servicio público y permitirán una adecuada amortización de aquellos activos necesarios para su prestación”*

⁷⁶⁶ “Desde un punto de vista económico, hay que tener en cuenta que la concesión de servicios públicos reconoce al contratista un derecho exclusivo (mercado cautivo) a prestar una actividad esencial (demanda inelástica), al precio fijado por la Administración (que debe reflejar los costes y el razonable beneficio industrial). En estas condiciones, ¿cómo se puede perder dinero?”. LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 52 y 53.

⁷⁶⁷ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión...”, *op.cit.*, p. 54.

⁷⁶⁸ VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de...”, *op. cit.*, p. 154.

y que hayan de ser aportados por el contratista, así como, un razonable beneficio empresarial, en circunstancias normales de productividad y organización”.

Así mismo, debe destacarse el reciente Reglamento 2018/1795/UE, de 20 de noviembre de la Comisión⁷⁶⁹ que introduce, en relación a los servicios de transporte ferroviario de pasajeros que a partir de la Directiva 2370/2016/UE⁷⁷⁰ se abren a la competencia, la posibilidad de practicar una “prueba de equilibrio económico” en los casos en que un operador solicite el acceso a la infraestructura para la prestación de un servicio de transporte de viajeros cuando dicha entrada pudiera comprometer el equilibrio económico del contrato de servicio público que estuviera prestando la empresa ferroviaria en virtud de un derecho exclusivo. En el supuesto de que el acceso tuviera una “repercusión negativa sustancial” bien en la “rentabilidad” del contratista prestador del servicio público bien en el “coste neto” de la entidad adjudicadora, podría ser denegado o aceptado bajo determinadas condiciones. Como el propio reglamento indica en sus considerandos *“la prueba de equilibrio económico tiene la finalidad de armonizar [...] intereses contrapuestos”*. Por un lado *“los legítimos de los operadores que ejecutan un contrato de servicio público y de las autoridades competentes, y, por otra, los objetivos globales de realizar el espacio ferroviario europeo único y cosechar sus beneficios para la sociedad en sentido amplio”*. El dilema se resuelve admitiendo la exclusión del derecho de acceso de las demás empresas cuando la prueba de equilibrio económico manifieste la puesta en peligro de la rentabilidad del contrato de servicio público y, por ende, también la de la continuidad del servicio mismo. La medida demuestra que el mantenimiento de la estabilidad y equilibrio económico de los contratos que presten servicios públicos (en la modalidad contractual que sea) no forma parte solo del pasado y de nuestra doctrina clásica sino que es una realidad totalmente actual y necesaria, consustancial a este tipo de contratos, razón por la cual las concesiones, tal y como las concibe a día de hoy la Directiva y nuestra Ley, no podrán nunca prestar servicios esenciales.

⁷⁶⁹ Reglamento de ejecución 2018/1795/UE de la Comisión, de 20 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y los criterios para la aplicación de la prueba de equilibrio económico con arreglo al artículo 11 de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁷⁷⁰ Directiva 2370/2016/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, que modifica la Directiva 34/2012/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

Consciente de esta realidad, la jurisprudencia europea ha ido desarrollando y modulando a la vez el concepto de riesgo de explotación primero, y de riesgo operacional después, de manera que el riesgo operacional a día de hoy puede llegar a limitarse tanto que prácticamente no se aprecie una gran diferencia con un contrato sin riesgo⁷⁷¹.

Igualmente consciente, pero más reacio a aceptar esta realidad, es el legislador comunitario que no ha dudado en hacer un tratamiento separado de las concesiones con una directiva diferenciada del resto de contratos públicos basándose en un concepto como el riesgo operacional, a pesar de reconocer con las exclusiones que hace en dicho texto, que las concesiones así definidas (con riesgo operacional) no pueden prestar servicios públicos. En efecto, la directiva afirma estar pensada para los servicios de interés económico general excluyendo los servicios de interés general “no económicos”⁷⁷² que, si bien deben ser así calificados y definidos por cada Estado Miembro según sus concepciones, suelen ser los que habitualmente relacionamos con servicios sociales o de mayor relevancia social. De hecho, la Directiva como ya se ha explicado⁷⁷³, contiene concretamente entre sus muchas exclusiones, la exclusión de los servicios en el sector del agua y también en el sector del transporte de viajeros que son servicios públicos por excelencia.

Además, la Directiva prevé en su art. 19 un régimen especial simplificado para aquellas concesiones que, aun encontrándose dentro de su ámbito de aplicación, consistan en la prestación de servicios de tipo social o más esenciales (servicios educativos, culturales, sanitarios, etc) recogidos en el anexo IV. Y lo hace por la importancia de dichos servicios para la sociedad que hace necesario disponer de cierta libertad para seleccionar a los prestadores de los mismos. Por ello únicamente impone la publicación de un anuncio previo de licitación, y otro de adjudicación sin exigencias procedimentales ni sobre los criterios de selección. No obstante, no debe olvidarse que las concesiones de servicios, antes de la entrada en vigor de esta Directiva, ya estaban sometidas a ciertas exigencias. La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario del 2000 recogía que esa falta de reconocimiento expreso de la concesión de servicios en las directivas (derecho comunitario derivado) no significaba que las

⁷⁷¹ *Vid. supra*. pp. 315 y ss de este trabajo.

⁷⁷² Art. 4.2 Directiva 23/2014: “*Los servicios de interés general no económicos no entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva*”.

⁷⁷³ *Vid. supra* pp. 190 y ss de este trabajo.

concesiones quedaran fuera de las normas y principios del Tratado pues en la medida en que tuvieran por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, estaban sometidas al TFUE y a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal⁷⁷⁴. El Tribunal de Justicia dejó también claro que las autoridades públicas que los celebraran se encontraban obligadas tanto a respetar especialmente, entre otras, el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad⁷⁷⁵, como el de transparencia que recaería sobre la autoridad pública concedente y que consistiría “*en garantizar en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*”⁷⁷⁶. Visto así, desde el punto de vista de las exigencias de publicidad, no es mucha la diferencia con el régimen simplificado previsto por las directivas para los contratos del anexo IV que únicamente supone una concreción en dos tipos de anuncios las obligaciones de publicidad que ya tenían estos contratos.

Otra muestra de la especialidad de estos servicios es la Disposición Adicional Cuadragésimo Séptima de nuestra Ley que reconoce unos principios y criterios de adjudicación diferentes para los servicios ‘sociales’:

“en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los

⁷⁷⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121, pp. 6 y 11.

⁷⁷⁵ STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (asunto C-458/03) ap. 46.

⁷⁷⁶ STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria* y *Telefonadress* (asunto C-324/98) ap. 62.

beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos”.

Del mismo modo, la Disposición Adicional Cuadragésimo Novena, en virtud de los considerandos 54 y 114 de las Directivas⁷⁷⁷, admite la prestación de este tipo de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social sin necesidad de articular ninguna de las fórmulas contractuales previstas en la Ley (contratos de servicios o concesiones de servicios) esto es, permite su materialización por la vía extracontractual la cual ha adoptado la forma en la legislación autonómica del ‘concierto social’. Nuestro legislador es consciente de la dificultad, por no decir imposibilidad, que supone tratar de casar algún de estos servicios con las exigencias contractuales de la Ley y de la Directiva, por muy laxas que éstas últimas sean⁷⁷⁸.

Tanto estas Disposiciones de nuestra norma, como el régimen de publicidad mitigado que prevé la Directiva para las concesiones sociales y para los contratos de servicios a las personas, revelan la incompatibilidad de estos servicios públicos con la concesión tal y como está configurada actualmente con el riesgo operacional. Y es que todas las ‘excepciones’ o ‘especialidades’ que se prevén para estos servicios deberían bastar para entender que el riesgo operacional no tiene sentido para los mismos. Las mismas razones de continuidad, calidad, asequibilidad y accesibilidad de los servicios que justifican mantener un régimen simplificado, incluir criterios de adjudicación como la experiencia del prestador que en el resto de casos están prohibidos, y prestar estos servicios por vías no contractuales, son las que también deberían justificar la imposibilidad de asumir tal riesgo. Aun así, la Directiva y, sobre todo, nuestro legislador han optado por ignorar esta realidad y han configurado un sistema concesional que en teoría puede abarcar a todo tipo de servicios (también sociales o públicos) pero que en la práctica solo está pensado para dar cabida a los que no lo son ¿cómo se va a mantener la continuidad y calidad de esos

⁷⁷⁷ Considerando 54 Directiva 23/2014 y considerando 114 Directiva 24/2014.

⁷⁷⁸ “Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno”. Considerando 114 Directiva 24/2014.

servicios si se los expone a un riesgo operacional que se caracteriza precisamente por permitir la ruina de la concesión? Es una contradicción.

Todos estos factores no hacen sino evidenciar la errónea calificación del riesgo operacional como ‘clave de bóveda’ de las concesiones que como se viene demostrando no solo no es el elemento ni más importante, ni más característico de las concesiones sino que va contra su propia naturaleza originaria.

Así pues, las concesiones han quedado ahora vacías de contenido, el cual ahora apenas se colma con una clase de servicios que nunca ha albergado en su seno: los anteriores contratos de servicios administrativos especiales. ¿Cómo puede constituir ahora el objeto de nuestras concesiones unos servicios a los que antes, precisamente por no encajar en ninguno de los tipos existentes, se les otorgaba una calificación residual? La desnaturalización de la concesión es absoluta.

III. CAUSAS

Entender a qué se debe entonces esta diferenciación contable entre las concesiones y el resto de contratos resulta complicado. Si atendemos a las explicaciones contenidas en los considerandos, nos parece que el fin armonizador de los contratos de concesión a nivel europeo resulta demasiado ambicioso si se tiene en cuenta que la Unión Europea ha postergado durante años la regulación de este tipo de contratos de delegación de servicio públicos precisamente por reconocer la gran diferencia existente entre las tradiciones jurídicas de los diferentes estados miembros⁷⁷⁹. De pronto, esas diferencias se disipan o consiguen hermanarse a través del riesgo operacional.

A nuestro juicio, puede que esta decisión tenga tres causas que pasamos a desarrollar sucintamente:

En primer lugar, es posible que, ante la imperiosa necesidad de evitar que algunos Estados como Alemania continuaran actuando al margen de las exigencias de contratación europeas en la adjudicación de contratos de delegación de servicios afectando, en

⁷⁷⁹ Recuérdese cómo el Consejo frenó la intención de la Comisión de incluir las concesiones de servicios en la Directiva 92/50/CEE alegando que podría producir un “*gran desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios*”, dadas las “*diferencias existentes en los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos*”.

consecuencia, a la libre competencia, la Unión Europea definitivamente se decidiera a completar la regulación en esta materia dedicando, por primera vez, una Directiva exclusivamente a las concesiones para evitar que hubiera un reducto de contratos, no muy bien definidos, que al estar excluidos de las Directivas de contratación sirvieran de instrumento a través del cual burlar dichas exigencias⁷⁸⁰.

Ahora bien, la búsqueda y determinación de un común denominador dentro de la enorme heterogeneidad de fórmulas existentes para este tipo de contratos en las legislaciones de los distintos estados, probablemente se planteara complicada por lo que el legislador comunitario, al no encontrar características jurídicas comunes a todas ellas, decidiera optar por un elemento de naturaleza diferente, de tipo contable. Señala Hernández González que, consciente de la dificultad que entraña su delimitación, gran parte del articulado de la Directiva gira en torno al concepto de contrato de concesión que se ha erigido en fuente permanente de conflictos, tanto a nivel comunitario como nacional. Esta difícil tarea armonizadora ha culminado con la adopción de un concepto de concesión que *“muy probablemente no será el definitivo, dado que, [...] el legislador comunitario se aproxima a esta definición desde una perspectiva economicista que, lejos de facilitar la tarea de los operadores jurídicos, deja muchas zonas oscuras que, a la postre, pueden terminar por frustrar los objetivos pretendidos”*⁷⁸¹.

Por otro lado, la razón de que nuestro legislador haya decidido voluntariamente equiparar los tipos contractuales de nuestra Ley de Contratos a los del derecho europeo – a pesar de que la norma ya cumpliera con creces las exigencias de licitación que son lo único verdaderamente obligatorio de la Directiva – solo puede responder a un fenómeno suficientemente conocido, sobre el que se han pronunciado multitud de autores en los últimos años, como es el de la uniformización del Derecho administrativo sobre las bases de los postulados del derecho de la Unión Europea. Señala Gimeno Feliu, citando a Cassese, que *“no es necesario justificar la afirmación según la cual el Derecho*

⁷⁸⁰ Es la llamada por Huergo Lora “huida a las concesiones”. La disparidad de concepciones en los Estados Miembros acerca de lo que la concesión de servicios significa y la ausencia de unas normas claras permitía a estos Estados tramitar como contratos de concesión contratos que en realidad merecían la calificación de contratos de servicios y que, como tales, debían estar sometidos a los procedimientos de licitación de las Directivas.

⁷⁸¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea”, en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo III, 2016, pp. 2450 y 2451.

Comunitario se ha ido apoderando del Derecho Administrativo". Esta dominación se traduce fundamentalmente en una *"destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los Estados Miembros de los Derechos Administrativos"*, y en la consolidación de un *"Derecho Administrativo Europeo"* que ha ido cobrando cada vez mayor relevancia⁷⁸². De un tiempo a esta parte, o más concretamente, desde la incorporación de nuestro país a la Unión Europea, se ha ido consolidando un proceso de uniformidad o armonización jurídica que avanza hacia la consecución de un lenguaje común⁷⁸³. Así pues, parece evidente que la transposición que se ha hecho de la Directiva de concesiones en nuestro ordenamiento no es más que un ejemplo de este fenómeno pues, si hubiera que destacar uno de los ámbitos en los que ha tenido mayor expansión éste sería, sin duda, el de la contratación pública que, como se demuestra, ya camina hacia la total simbiosis con el derecho comunitario relegando los caracteres propios de nuestra tradición a la mínima expresión. Tanto nuestro legislador como nuestros tribunales experimentan una manifiesta inclinación por las proposiciones del derecho europeo que les lleva a reproducirlas en nuestro ordenamiento aun y cuando no son obligatorias. Pero es que el proceso de integración europea pasa por asumir la cesión de parte del poder soberano de los Estados a un ordenamiento exterior, y por ende, pasa también por asumir que puede que las técnicas de nuestro Derecho Administrativo tradicional se presenten como *"insuficientes para que los poderes públicos puedan dirigir y realizar su función servicial"*⁷⁸⁴, pues no puede negarse el efecto distorsionador y la gran inseguridad jurídica que genera la diversidad de ordenamientos en torno a una misma cuestión. En definitiva, con independencia de que haya parte de la doctrina que esté a favor de esta 'comunitarización'⁷⁸⁵ propugnando una total integración jurídica a través de la categorización de instituciones comunes para todos los Estados Miembros, y otra que no tanto y que procure proteger y ensalzar en lo posible las instituciones propias, lo que es indiscutible es que este proceso podrá darse con mayor o menor intensidad y reticencias, pero irremediablemente lleva a abandonar la actitud de algunos estados de aislarse en la

⁷⁸² GIMENO FELIU, J.M., "Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: La consolidación de un modelo de uniformización jurídica", en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo I, 2016, pp. 279 y 280.

⁷⁸³ GIMENO FELIU, J.M., "Administración Pública...", *op.cit.*, p. 280.

⁷⁸⁴ GIMENO FELIU, J.M., "Administración Pública...", *op. cit.*, p. 281.

⁷⁸⁵ *Idem*

interpretación y construcción de su derecho interno y a avanzar hacia una progresiva acomodación de éstos al derecho comunitario interpretando los conceptos de acuerdo con la doctrina del TJUE.

En este contexto, reconocemos que puede ser tentador, incluso pertinente en algunos casos, procurar el total sincretismo entre ambos derechos en lugar de mantener el pulso constante y agotador que supone aceptar el derecho comunitario y mantener la tradición e identidad propias al mismo tiempo. No obstante, sí creemos conveniente advertir de los peligros de adoptar una fusión de ordenamientos sin cortapisas ni fiscalización alguna por nuestra parte, pues puede dar lugar a disfunciones graves en nuestro ordenamiento tal y como creemos que ocurre con la inclusión del concepto de riesgo operacional asociado a los contratos de concesión.

Por último, no deberíamos ignorar que la preocupación presupuestaria que a día de hoy predomina tanto en las instituciones europeas como en los Estados Miembros, ha dejado huella en la elaboración de la Directiva. Dice Blanco López que ésta *“ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del ‘riesgo operacional’, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese facto como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones. Quizás ese olvido no es involuntario ni aséptico y deba enmarcarse en el contexto de una política económica de la Unión Europea que atiende exacerbadamente al equilibrio del déficit presupuestario en los Estados Miembros”*.

En estos tiempos de limitaciones del gasto y déficit, se hace más necesaria que nunca la búsqueda de fórmulas que, mediante la colaboración privada, permitan prestar servicios a los ciudadanos sin gastar a ojos de las autoridades europeas. Así lo hicieron durante los años 90 nuestras autoridades con el objetivo de evitar que dichas proyectos consolidasen como deuda y déficit de manera que permitiesen paliar la escasez de recursos y eludir los límites presupuestario impuestos por la Unión. El problema de esta huida al capital privado por medio de la concesión es que, en muchos de esos casos, se transfería un riesgo de demanda que realmente no era tal pues no suponía ningún riesgo real al no existir variabilidad alguna en la demanda, o bien, cuando sí había variabilidad, el riesgo no lo corría realmente el concesionario sino que lo repercutía en el precio para que lo sufragara la Administración (ilusión de transferencia). Así las cosas, en ambos casos lo que en

realidad tenía lugar era un gasto público diferido en el tiempo pero, sin embargo, no quedaba así reflejado en las cuentas públicas.

Este falseamiento contable, que debería únicamente preocupar a la oficina EUROSTAT, habría calado en el legislador de la Directiva quien parece haber querido aprovechar la promulgación de la primera directiva de concesiones no solo para armonizar los regímenes de los estados en materia de procedimientos de contratación (justificación oficial), sino también para tratar de corregir esta conducta de aparente transferencia del riesgo que venían desplegando algunos Estados como el nuestro.

Al elegir un elemento contable como el riesgo operacional para la caracterización de la concesión, se impone como *conditio sine qua non* que sea posible para el concesionario incurrir en pérdidas (aunque esa posibilidad sea muy baja) de modo que ya no se pueda hablar de concesión en contratos donde la demanda no varíe en absoluto. La intención de la directiva es aquí la de garantizar que cuando se hable de concesión la transferencia del riesgo sea real y no ficticia, pero como es evidente, éste no debería ser el objeto ni la preocupación de la directiva sino más bien de la normativa SEC.

En cualquier caso, la vinculación del riesgo operacional a la concesión es un intento baldío pues no puede evitar que los mercados reaccionen irremediabilmente a un cambio de esas características en las condiciones del riesgo de la operación, ya sea desinteresándose por ese tipo de proyectos, ya sea incrementando considerablemente el precio de los mismos. Así, con la repercusión del riesgo en los precios del contrato puede seguir existiendo falseamiento en las cuentas públicas que no estarán reflejando la realidad del gasto. Ésta solo se evita transfiriendo riesgos que verdaderamente incentiven al concesionario porque pueda evitarlos o mitigarlos, pero mientras las instituciones europeas no quieran atender las recomendaciones de la doctrina económica al respecto, el riesgo operacional solo nos llevará a la ineficiencia.

IV. CONSECUENCIAS

La introducción de una novedad legislativa relativa a un aspecto tan substancial como es el riesgo para la ecuación económica de contratos de larga duración como suelen ser las colaboraciones público privadas, trae consigo cambios que pueden suponer una transformación del sistema concesional de enorme calado jurídico y económico con repercusión a tres niveles: en la actitud del inversor, en el gasto del Estado, así como en

la naturaleza de estos contratos.

i) Desinterés del inversor: ofertas desiertas

En el primer nivel, no es difícil prever una desincentivación del inversor por la figura concesional, en contra, paradójicamente, de las intenciones señaladas por la directiva en sus considerandos⁷⁸⁶. La transmisión de riesgos en un contexto de aversión al riesgo como el actual provoca, precisamente, el alejamiento del inversor que prefiere negocios menos rentables pero más seguros.

Así, no sería extraño encontrarse con procesos de licitación desiertos. Lo resalta Mellado Ruiz: *“si de lo que se trata es de atraer la colaboración privada en la gestión de los servicios de interés general, resulta difícilmente entendible la imposición de una transferencia de riesgos tan alta como la derivada de la nueva Directiva, sobre todo en momentos actuales de ‘enquistamiento’ de la crisis económica y financiera en Europa”*⁷⁸⁷. Debe, en cualquier caso, recordarse que, en realidad, la transferencia de riesgos no tiene porqué ser tan alta si atendemos a las amplias posibilidades de limitación que la Directiva contempla. Pero lo que sí es evidente es que la nueva concesión es, a todas luces, menos atractiva para el inversor que la anterior, tal y como destaca Torre de Silva: *“[En el régimen anterior] El contratista-colaborador compartía algunos riesgos con la Administración, se beneficiaba de frecuentes modificaciones contractuales y obtenía con relativa facilidad el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato cuando éste era alterado; los plazos en las concesiones eran largos, y había una generosa RPA esperando en caso de resolución anticipada, lo que facilitaba la financiación de la concesión. En cambio, el contratista que asume riesgos en el mercado asume en solitario el riesgo operacional”*⁷⁸⁸, *está sujeto a las incertidumbres del mercado, sufre la preferencia del legislador comunitario por la resolución (y la consiguiente nueva licitación) sobre la modificación o el reequilibrio de la concesión, recibe concesiones sujetas a plazos mas breves [...] y ve limitada o condicionada a riesgos futuros su RPA*

⁷⁸⁶ Considerando 1: *“Es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano”*.

⁷⁸⁷ MELLADO RUIZ, L., “Aproximación a la influencia...”, *op. cit.* p. 2485.

⁷⁸⁸ Matizaríamos en este punto que en realidad el concesionario no tiene porqué asumir el riesgo operacional en solitario sino que es posible limitarlo y compartirlo con la Administración ampliamente.

en caso de resolución anticipada”⁷⁸⁹.

Sin embargo, no opina lo mismo Huergo Lora quien considera que la novedad legislativa del riesgo operacional es una medida de flexibilización conscientemente introducida por el legislador con el objetivo de favorecer la inversión: “*Es patente el esfuerzo por hacer atractivo el contrato de concesión que las instituciones europeas y el Gobierno consideran necesario*”⁷⁹⁰. Y es que el autor parte de la concepción del riesgo de suministro como un riesgo mucho más favorable al concesionario que el de demanda⁷⁹¹, por lo que la introducción de la alternativa del riesgo de suministro le parece un gesto del legislador para complacer las exigencias de un importante sector como es el de infraestructuras viarias que ha venido manifestando su clara predilección por el riesgo de disponibilidad⁷⁹² (que si bien, como hemos visto, no es exactamente lo mismo que el de suministro, se le parece mucho más). Ahora bien, a nuestro juicio, si bien como señala Huergo, “*el cambio del riesgo de demanda por el de suministro es una petición expresa por el sector*”⁷⁹³ deberíamos plantearnos de qué sector estamos hablando. En efecto, el riesgo de suministro puede ser más favorable que el de demanda para algunas concesiones de obra (autopistas especialmente) pero no puede plantearse como una verdad absoluta, pues para un servicio como el sanitario o el de transporte de viajeros, la exigencia de no tener faltas de suministro y atender debidamente a todos los pacientes o usuarios ante una subida inesperada de la demanda puede ser muy alta y mucho más peligrosa que asumir el riesgo de demanda.

En su opinión, ahora el concesionario asume menos riesgos que antes pero más transparentemente, mientras en el régimen anterior el riesgo era mayor en su origen pero solo en apariencia pues el régimen de RPA hacía ilusorias sus consecuencias. Coincidimos en parte pues lo que Huergo no niega con esa afirmación es que con el

⁷⁸⁹ TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., “El impacto del concepto de riesgo ...”; *op. cit.*, p. 670.

⁷⁹⁰ HUERGO LORA, A., “Skin un the game...”, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁹¹ “...la LCSP 2017 permite licitar y adjudicar contratos de concesión en los que el concesionario asuma menos riesgo de los que el legislador de la Ley 13/2003 daba por supuesto que asumiría. La razón principal es que no es necesario que asuma el riesgo de demanda. Basta un riesgo de suministros que a veces resulta difícil de distinguir del que asume cualquier contratista de obra o de servicios”. *Ibidem*.

⁷⁹² En varios de los Planes estratégicos del Ministerio de Fomento de los últimos años se manifiesta la clara preferencia por el riesgo de disponibilidad en este tipo de proyectos en consonancia con lo solicitado por el sector privado. *Vid.* Plan extraordinario de infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010 y Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras del Ministerio de Fomento de julio de 2017.

⁷⁹³ HUERGO LORA, A., “Skin un the game...”, *op. cit.* p. 33.

sistema anterior, el riesgo era aparentemente más alto, pero en realidad nulo (con el régimen de RPA y con transmisión de riesgos de demanda con demandas cautivadas) por lo que compartimos la idea de que ahora el riesgo de las concesiones es más real o transparente (no hay una transferencia ficticia como antes) pues debe cumplir con el requisito de que exista la posibilidad de quebrar; no obstante, aunque es cierto que la ley permite reducir esta posibilidad de quiebra al máximo al reducir el riesgo operacional al mínimo, de facto el riesgo es mayor con las exigencias actuales. Así pues, puede que la intención del legislador haya sido la de favorecer las necesidades del mercado al mitigar los efectos que podría haber tenido una exigencia estricta del riesgo operacional, pero la realidad es que hay más riesgo que antes puesto que ahora no se puede garantizar la inversión por ningún medio (ni contractual, ni extracontractual) mientras que con anterioridad sí, y este hecho es un cambio de tal importancia para los inversores que con toda seguridad afectará a su interés (o a su comportamiento como veremos a continuación).

Por último, no debe olvidarse otro aspecto de gran importancia como es el hecho de que, bajo estas condiciones, es evidente que solo serán potenciales adjudicatarios los grandes inversores con capacidad suficiente para soportar las consecuencias del riesgo operacional actual. De este modo, se podría privar o, al menos impedir, a las PYMES el acceso al mercado de concesiones.

ii) Falseamiento de las cuentas: ilusión de transferencia del riesgo

En el segundo, observamos la otra cara de la moneda de esa transferencia del riesgo operacional que es que este tipo de contratos se volverán considerablemente más caros. En caso de que haya algún operador dispuesto a llevarlos a cabo, la transmisión del riesgo se paga mediante la repercusión en el precio por lo que las concesiones que se formalicen con la Administración no por transferir el riesgo dejarán de incidir en el gasto de la Administración. Este fenómeno falseará las cuentas, creando la ilusión de que es un riesgo con el que la Administración no corre cuando, en realidad, lo está sufragando de manera diferida en el tiempo (a través de la carga impositiva a los ciudadanos).

iii) Desnaturalización de la concesión tradicional: nuevas fórmulas contractuales

En el tercer y último nivel, puede advertirse lo que ya se ha venido señalando a lo largo de las líneas anteriores. Con el riesgo operacional como requisito *sine qua non* de las

concesiones, éstas probablemente dejarán de resultar la institución adecuada por la que prestar los servicios que tradicionalmente se han venido prestando mediante concesión como son los servicios públicos por la sencilla razón de que ya no ofrecen las garantías necesarias para dejar en manos de un operador privado servicios tan esenciales para la sociedad.

La filosofía y experiencia profesional de la que en teoría pretende aprovecharse la Administración con la colaboración público-privada en la prestación indirecta de servicios únicamente despliega efectos sobre unas bases de seguridad pues la Administración, como titular de unas competencias que tiene la obligación de prestar, no puede desentenderse por completo de ellas. Si no se asegura la recuperación de la inversión al operador privado, inevitablemente incorporaremos también las principales desventajas de recurrir al sector privado: el riesgo de quiebra y las técnicas para evitarla (rebaja de la calidad, denegación de servicios, recortes de todo tipo etc). El operador privado buscará siempre las formas para lograr su supervivencia económica y es evidente que será en detrimento de la calidad y continuidad de las prestaciones⁷⁹⁴.

Por ello, no podemos descartar que la mayor parte de los servicios de este tipo se vayan a sustanciar ahora bajo una forma contractual diferente que nuestro legislador ha creado consciente de la incompatibilidad de estos con la nueva concesión. El contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos podría dar cobijo contractual a los servicios públicos tradicionales en cuyo caso la concesión de servicios quedaría prácticamente vacía de

⁷⁹⁴ Esto es algo que ya explicó Villar Rojas a propósito de las diferentes formas de prestación de los servicios sanitarios para justificar el porqué de que estos servicios originariamente solo se prestaran directamente o mediante la colaboración exclusiva de entidades sin ánimo de lucro (entidades religiosas o fundaciones privadas) y es que con independencia de la forma de retribución, el operador privado con ánimo de lucro siempre buscará una forma para enriquecerse incompatible con la protección del servicio: *“Siendo esto así, es posible ganar más dinero tan solo con hacer más pruebas diagnósticas –cuantas más, mejor, se dirá –, alargando el tratamiento –las posibilidades de éxito serán mayores, nadie lo dudará –, ampliando la estancia en el centro hospitalario –lo que asegura más vigilancia y cuidados –. De igual forma, también se puede obtener lucro actuando del modo contrario, esto es, limitando las pruebas diagnósticas a las mínimas –o retrasando su realización hasta situaciones de urgencia –, imponiendo trabas burocráticas para acceder a las prestaciones, optando por tratamientos más baratos –aun cuando sean menos eficaces contra la enfermedad –, reduciendo las estancias –aun a costa de reingresos –. Tanto si se paga por tratamiento como si se paga por ahorrar, es posible ganar dinero, y esto puede resultar contrario a la necesidad asistencia y social de los ciudadanos.* En estas condiciones, ideológicas, legales, incluso técnicas, la concesión administrativa resultaba inadmisibles. El ánimo de lucro del concesionario (‘riesgo y ventura’) choca con la protección de la salud; en concreto, con la exigencia de emplear todos los medios que sean necesarios para su recuperación o mantenimiento (‘cueste lo que cueste’). VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de...”, *op. cit.*, p. 154.

contenido, totalmente desnaturalizada, y todo ello sin que existiera una necesidad real pues, en lo relativo a las exigencias de publicidad, nuestra norma de contratos (TRLCSP) cumplía con creces las novedades de la Directiva.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La transferencia de riesgos en una relación de agencia como la mantenida entre la Administración y un concesionario solo puede tener sentido, desde la perspectiva económica, si 1º) sirve para incentivar al concesionario de un modo que le invite a adoptar una conducta alineada con los intereses de la Administración, y 2º) permite estabilizar los beneficios del concesionario con el objetivo de reducir su incertidumbre y evitar que lo repercuta en los precios.

En consecuencia, para cumplir dichos fines, el riesgo debe ser asumido por el concesionario:

1º) cuando sea ésta la parte más capacitada para gestionarlo: esto es, deben ser riesgos sobre los que dicho sujeto pueda incidir de algún modo mediante su comportamiento, en contra de lo que parece exigir la Directiva cuando establece que el riesgo operacional deberá “*derivarse de factores que escapen al control de las partes*”, pues de lo contrario anularíamos por completo el efecto incentivador.

2º) Nunca totalmente sino solo parcialmente: la Administración nunca deberá transmitir el riesgo de forma indiscriminada o total al concesionario bajo el pretexto de querer incentivarle pero con el objetivo real de evitar la computación de los gastos de la concesión a efectos de deuda y déficit en las cuentas del Estado pues ello solo provocará una subida del precio desmedida.

SEGUNDA.- El ‘*principio de riesgo y ventura*’ de todos los contratos administrativos no tiene nada que ver con el riesgo operacional, mientras que el ‘*riesgo y ventura*’ tradicionalmente asociado a la concesión hace referencia al mismo tipo de riesgo (de explotación) pero bajo condiciones y límites diferentes.

El *principio del riesgo y ventura* es una solución jurídica formulada para imputar, como regla general, el riesgo acaecido a lo largo de la duración del contrato al contratista, el cual deberá cumplir con su prestación asumiendo convencionalmente las consecuencias de los mismos salvo en supuestos de fuerza mayor, *ius variandi*, *factum principis*, riesgo imprevisible, mientras que el *riesgo operacional*, lejos de ser una regla o principio de aplicación general a todos los contratos, es el riesgo económico-comercial específico de

un tipo de contrato en concreto (concesiones) que se deriva del derecho a explotar u operar un negocio y exponerse a las vicisitudes del mercado. Por su parte, si bien tanto el *riesgo operacional* como el '*riesgo y ventura*' *tradicional de las concesiones* hacen referencia al mismo tipo de riesgo (el riesgo de explotar o gestionar un negocio), se diferencian en que el operacional fija, de manera objetiva, la cantidad que debe transferirse de dicho riesgo estableciendo su límite en la no recuperación de la inversión, mientras que al *riesgo y ventura de las concesiones* del régimen anterior no le importaba la cantidad de riesgo asumida por el concesionario sino que le bastaba con que le provocara cierta incertidumbre en los beneficios derivada de la utilización del servicio, estableciendo su límite en el no aseguramiento de beneficios pero no impidiendo garantizar la inversión.

TERCERA.- El riesgo de oferta o suministro que integra el riesgo operacional consiste en la posibilidad de sufrir penalizaciones cada vez que un usuario se quede sin atender.

El riesgo operacional comprende dos tipos de riesgos: riesgo de demanda y riesgo de oferta o suministro. Se entenderá por riesgo de demanda aquel riesgo derivado de que un mayor o menor número de usuarios utilicen la infraestructura, o lo que es lo mismo, el riesgo real de que el concesionario perciba unos ingresos insuficientes para cubrir los costes debido a un escaso uso o frecuentación (esto es, debido a una baja demanda).

Por su parte, en nuestra opinión el riesgo de oferta consistirá en transferir al concesionario la incertidumbre de percibir más o menos dinero en función de si lo ofrecido se ajusta a la cantidad de usuarios que existe en cada momento o si, por el contrario, hay demanda que se queda sin ser atendida (falta de suministro). Es decir, el riesgo de obtener una remuneración menor y, por lo tanto, la posibilidad de sufrir pérdidas, cada vez que la oferta no pueda atender a toda la demanda. De este modo, en ambos casos la ecuación económica del contrato está dependiendo de un elemento externo como la frecuentación, pero las formas de retribución y los riesgos son diferentes. En uno el riesgo es que la demanda sea más baja de la esperada (demanda insuficiente); en otro, que sea más alta (oferta insuficiente).

CUARTA.- El riesgo operacional no incluye el riesgo de disponibilidad.

Si bien la Directiva no despeja las dudas acerca de si el riesgo de disponibilidad está incluido o no en el concepto de riesgo operacional, la doctrina mayoritaria entiende que

el riesgo de disponibilidad no es hoy elemento caracterizador de la concesión, al tratarse de un riesgo común a cualquier contrato público que depende exclusivamente de la mejor o peor gestión del concesionario y que, por tanto, puede controlar completamente sin que exista incertidumbre alguna ni exposición a las vicisitudes del mercado.

QUINTA.- El riesgo de explotación y el riesgo operacional no son exactamente lo mismo.

Decimos que el concepto de riesgo operacional que se introduce con la Directiva es un término ‘relativamente’ nuevo porque se ha venido utilizando desde hace años por la jurisprudencia y la doctrina de la Unión Europea bajo la más común denominación de ‘riesgo de explotación’. Sin embargo, a pesar de haber sido utilizados en muchas ocasiones como conceptos sinónimos, puede afirmarse que el riesgo de explotación es un concepto considerablemente más amplio que el riesgo operacional ya que éste solo se compone de dos riesgos (el de demanda y el de suministro/oferta) siendo descartables los riesgos de insolvencia o de responsabilidad por daños que pudieran sufrir terceros que, sin embargo, formaron parte del riesgo de explotación según la jurisprudencia comunitaria.

SEXTA.- El riesgo operacional y el concepto de riesgo utilizado por Eurostat en la normativa SEC tampoco son lo mismo.

Dado que en nuestro ordenamiento ya se venía aplicando el concepto de riesgo utilizado por la normativa SEC contenido en el Reglamento 549/2013/UE para la computación de operaciones de las administraciones en las cuentas públicas, son muchos los que han creído encontrar en el riesgo operacional el mismo concepto que en la normativa contable. No obstante, los riesgos que componen el riesgo operacional de las Directivas y el de SEC son diferentes. En primer lugar, mientras la Directiva se refiere exclusivamente a los riesgos de demanda y/o de oferta; el Reglamento SEC se refiere a riesgo de construcción, de demanda y de disponibilidad. Además, el límite de cuánto riesgo debe transferirse en ambas normas es también diferente: a la Directiva le basta con que se transfiera una cantidad de riesgo que esté *ligeramente por encima de insignificante*, mientras que SEC exige, para que la concesión no compute, que se transfiera la *mayoría* del riesgo.

SÉPTIMA.- La limitación de la transferencia del riesgo operacional que se permite en las concesiones es tan amplia que en la práctica la diferencia de riesgos con el contrato de servicios puede ser, en algunos casos, muy escasa.

La nueva Directiva permite que el riesgo transferido sea limitado o reducido considerablemente con tal de que las posibles pérdidas provocadas por el mismo no se vuelvan ‘nominales o desdeñables’, mientras que la doctrina comunitaria anterior exigía transmitir una ‘parte significativa’ del riesgo. La consecuencia principal de este proceso de ‘adelgazamiento’ del riesgo es el acercamiento de dos tipos de contratos (concesiones y servicios) entre los cuales las diferencias con respecto al riesgo pueden no ser tan grandes como se imagina pues, según esto, es posible calificar como concesiones contratos en los que haya riesgo de quebrar pero sea este muy poco probable.

OCTAVA.- La desaparición del contrato de gestión de servicios de la tipología de contratos con motivo de la introducción del riesgo operacional era completamente innecesaria.

El TRLCSP de 2011 ya cumplía sobradamente con las exigencias de la Directiva de concesiones de 2014 al atribuir voluntariamente a nuestras concesiones de obras y de servicios (como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos) un régimen de licitación acorde a los estándares que las Directivas del momento solo exigían para los contratos de obras, servicios y suministros, que eran los más exigentes. Así, la justificación principal de la nueva Directiva es, precisamente, la de sentar las diferencias entre las concesiones y el resto de contratos para aplicarles regímenes licitatorios considerablemente diferentes (uno más laxo, y otro mucho más exigente, respectivamente), de ahí la importancia de la distinción. Sin embargo, nuestro legislador incomprensiblemente se acoge a dicha diferenciación pero para no hacer prácticamente ninguna diferencia en el régimen que les aplica y para volver a conformar un régimen que ya estaba incorporado en nuestra norma anterior, lo cual carece de todo sentido.

NOVENA.- La desaparición del adjetivo ‘públicos’ de las concesiones en la nueva LCSP ha provocado que los objetos de las concesiones de servicios y de las concesiones demaniales se aproximen hasta tal punto que sea prácticamente imposible distinguirlos.

A nuestro juicio, el criterio diferenciador según el cual será contractual aquella concesión en la que la prestación de algún modo incida en la mejora de algún servicio o competencia de la Administración de manera que permita apreciar una cierta finalidad pública a pesar de que no se trate de un servicio público en sí mismo, y solo será patrimonial aquel contrato en el que prevalezca la utilidad privada de utilizar un bien demanial con un fin lucrativo, no es más que una distinción artificiosa que no coincide ni con la realidad, ni con nuestra tradición jurídica sobre la concesión demanial pues en cualquier concesión de este tipo podrá siempre apreciarse alguna utilidad o interés público. La distinción carece de justificación dogmática y únicamente responde a un reforzamiento de la *vis expansiva* del contrato administrativo derivado de la proliferación en los últimos años de Tribunales administrativos de contratación que pretenden atraer hacia sí prácticamente todo negocio que se realiza con la Administración desvirtuando el concepto tradicional de concesión demanial.

DÉCIMA.- El principio del equilibrio económico financiero es compatible con el nuevo concepto de riesgo operacional en tanto éste solo debe apreciarse en condiciones *normales* de funcionamiento.

Ante el silencio de las Directivas con respecto a la compatibilidad del riesgo operacional con el principio de equilibrio económico de los contratos, parte de la doctrina ha entendido ambos conceptos incompatibles al entender el reequilibrio como el mantenimiento de la rentabilidad durante la ejecución del contrato, esto es, como un aseguramiento de la inversión. Sin embargo, en nuestra opinión y en la de parte de la doctrina, el equilibrio económico no consiste en garantizar la rentabilidad sino en mantener estable un mismo nivel de riesgo pactado, restableciendo la situación no cuando el riesgo pactado se materialice sino solo cuando el riesgo pactado cambie y se agrave o mejore, volviendo, dadas las nuevas circunstancias, el contrato uno mucho más arriesgado o mucho más beneficioso, es decir, convirtiéndolo en un contrato diferente. Lo que se busca es devolver el contrato al nivel de riesgo pactado al inicio. Además, según la propia Directiva el riesgo operacional no puede asegurar la recuperación de las

inversiones “*en condiciones normales de funcionamiento*”, por lo que, *sensu contrario*, cuando estas condiciones fallen y se consideren “anormales”, la concesión podrá reequilibrarse sin problemas. Simplemente, si antes el límite del reequilibrio se situaba en la “no pérdida” (permitiendo cubrir la recuperación de la inversión, pero no garantizar beneficios) ahora habrá que situarlo en la “no recuperación de la inversión” pero admitiendo que se aminore la pérdida sufrida.

UNDÉCIMA.- La concesión no puede definirse única y exclusivamente a partir de un concepto de naturaleza contable.

Su introducción supone vincular la tipología de los contratos a un ámbito como es el de la contabilidad de los Estados que es totalmente ajeno a las inquietudes e intereses de las instituciones europeas en materia de contratación pública (publicidad, no discriminación, libre concurrencia...). Un criterio como el riesgo no puede ser el elemento caracterizador de un tipo contractual pues no parece apropiado pretender distinguir tipos de contratos por las consecuencias que puedan tener a nivel presupuestario para los Estados que los formalizan. En cualquier caso, incluso aceptando la inclusión de la transferencia del riesgo como elemento caracterizador del tipo contractual, consideramos que lo aconsejable sería que se basara en el *tipo de riesgo* que asume el operador (de explotación/de mercado/operacional –llámese como se quiera) que, en efecto, es distinto al riesgo del resto de contratos (en donde los riesgos no dependen nunca del mercado sino que son riesgos internos, de buena administración, de imprevistos, etc), pero nunca debería basarse en la *cantidad de riesgo* que asume. Lo característico de las concesiones es que no perciben una remuneración fija sino variable en función de algo ajeno que no depende solo de la mera buena administración. Pero la cantidad de riesgo que se transfiera (es decir, si ese riesgo es mayor o menor, puede poner en apuros al concesionario o no, le permite garantizar la inversión y exponerse a la quiebra o no) únicamente tendrá relevancia a efectos contables para saber si computa o no en las cuentas del Estado, pero nunca esa cantidad de riesgo asumida debería incidir en la calificación del contrato.

DUODÉCIMA.- En contra de lo difundido por la doctrina, el *riesgo operacional* no es el único criterio definidor de la concesión sino que es necesario que, además, la prestación consista en la *gestión* de un servicio que sea de la *titularidad o competencia* de la Administración.

A pesar de que la doctrina y el legislador, tanto europeo como español, así lo hayan hecho entender, la realidad es que el riesgo operacional no es el único requisito a contemplar a la hora de definir la concesión de servicios. Lo verdaderamente distintivo de las concesiones no es el riesgo sino su objeto que justifica la aplicación de un régimen jurídico específico (orientado a la protección de los servicios que se prestan), pues lo que ha caracterizado tradicionalmente a la concesión es la transferencia de una esfera de actuación de la Administración al concesionario a la que éste no habría podido acceder de otro modo y que éste ejerce *en lugar de* la Administración.

Existen contratos en los que los contratistas asumen riesgo operacional a pesar de no gestionar nada y estos, en nuestra opinión no podrían considerarse nunca una concesión pero, si únicamente atendiéramos al criterio del riesgo operacional así serían calificados; y viceversa, existen contratos que gestionan un servicio en lugar de la Administración pero sin asumir riesgo operacional. Por esa razón, es absolutamente necesario para poder calificar un contrato como concesión, la concurrencia de otros dos requisitos contenidos en el art. 15 de la LCSP y que han sido ignorados: i) que el servicio sea *titularidad o competencia* de la Administración, y ii) que la prestación consista en la *gestión de un servicio* (debe, por tanto, dejarse en manos del concesionario la organización del mismo y descartarse aquellos servicios que simplemente satisfacen necesidades a la Administración, en las que el contratista es un mero proveedor).

DECIMOTERCERA.- La transferencia del riesgo operacional, en contra de lo que pueda parecer, no promueve una conducta más responsable del operador privado al contratar.

Podría dar la impresión de que al trasladar un riesgo que verdaderamente puede afectar de manera negativa a la economía del concesionario, se está promoviendo una actitud más responsable de éste a la hora de apostar por proyectos con valor social negativo (proyectos para los que en realidad no existe demanda y no son necesarios). Si el concesionario sabe que existe la posibilidad de que pierda dinero con dicho proyecto, en

teoría, solo lo llevará a cabo si considera que existe demanda suficiente como para que resulte rentable. Sin embargo, esto no es realmente así porque la introducción del riesgo operacional viene de la mano de un contrato nuevo (el de servicios a los ciudadanos del art. 312 LCSP) que probablemente vendrá a sustituir a las antiguas concesiones de servicios públicos y en los que la inversión sí podrá quedar asegurada. Así, el freno que en un principio puede ofrecer la transferencia del riesgo operacional no impide que ahora dichos proyectos innecesarios se lleven a cabo bajo una fórmula contractual diferente: el contrato de servicios dirigido a los ciudadanos con las mismas garantías que lo hacían antes.

DECIMOCUARTA.- La introducción del concepto de riesgo operacional en nuestro ordenamiento trae consigo cambios que pueden suponer una transformación del sistema concesional de enorme calado jurídico y económico con repercusión a tres niveles: en la actitud del inversor, en el gasto del Estado, así como en la naturaleza de estos contratos.

En el primer nivel, no es difícil prever una **desincentivación del inversor** por la figura concesional en tanto en cuanto la transmisión de riesgos a sujetos con aversión al mismo tiene como principal efecto el alejamiento del inversor que prefiere negocios menos rentables pero más seguros, por lo que no sería de extrañar que muchas de las licitaciones quedaran desiertas. En el segundo, observamos la otra cara de la moneda de esa transferencia del riesgo operacional que es que este tipo de contratos se volverán considerablemente más caros. En caso de que haya algún operador dispuesto a llevarlos a cabo, la transmisión del riesgo se pagará mediante la repercusión en el precio por lo que las concesiones que se formalicen con la Administración podrán provocar un **falseamiento de las cuentas del Estado**, creando la ilusión de que es un riesgo con el que la Administración no corre cuando, en realidad, lo está sufragando de manera diferida en el tiempo (a través de la carga impositiva a los ciudadanos). En el tercer y último nivel, puede advertirse una evidente **desnaturalización de la concesión tradicional** que dejaría de ser lo que tradicionalmente hemos conocido como concesión para convertirse en algo diferente, siendo el contrato de servicios dirigidos a los ciudadanos la nueva fórmula contractual que probablemente dé cobijo a la prestación por operadores privados de los servicios públicos (las nuevas concesiones).

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD, J.L., NOMBELA, G., y RUS, G., “Concesión de plazo variable para autopistas. El caso de Aragón”, *Carreteras*, nº 125, enero-febrero 2003.
- Abogacía General del Estado, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- ALBALATE DEL SOL, D., BEL I QUERALT, G. y BEL PIÑANA, M.P., “Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios”, *Revista de Economía Aplicada*, nº 67, vol. 23, 2015.
- ALBI, F., *Tratados de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obra y servicios en las nuevas Directivas Europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”, *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, nº 45-46.
- ÁLVAREZ MONTOTO, J., “El equilibrio económico en los contratos de concesión y la Oficina Nacional de Evaluación creada por la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *Revista de Estudios Locales Cunal*, nº 190, 2016.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Montecorvo, Madrid, 1978.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, *Círculo de Derecho Administrativo*, nº7, 2009.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en: ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J.M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976.

- ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- ARROW K. J., *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, North-Holland, Amsterdam, 1970.
- BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946.
- BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, nº1, 2012.
- BAÑO LEÓN, J.M., “El ‘modificado’ de los contratos”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- BAÑO LEÓN, J.M., “La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites”, en: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, INAP, Madrid, 2004.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Nueva Época*, nº4, 2017.
- BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- BLANCO LÓPEZ, F., “La directiva 23/2014 de contratos de concesión. El ‘riesgo operacional’”, *Derecho y Salud*, vol. 24, nº extraordinario con motivo del XXIII Congreso “Derecho y salud”: Sistema de salud: novedades y desafíos, 2014.
- BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BOCANEGRA SIERRA, R., “La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato”, en: BAÑO LEÓN, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOVIS, C.H., “Risk and Public-Private Partnerships”, *European Procurement & Public-Private Partnerships Law Review*, vol. 7, issue 1, 2012.

- CALATAYUD PRATS, I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 44, 2017.
- CANDIL CALVO, F., *La cláusula rebus sic stantibus (Estudio de derecho español)*, Madrid, 1946.
- CANO CAMPOS, T., “La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013.
- CANO CAMPOS, T., “La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 48, octubre 2018.
- CARLÓN RUIZ, M., “La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el Derecho europeo en el contexto de la transposición de las Directivas sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016.
- CARRASCO PERERA, A., “Sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina ‘rebus sic stantibus’. No moderación de la cláusula penal por abandono del arrendatario, pero disminución de la renta como consecuencia de la crisis de mercado del sector de la hostelería”, *Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil*, nº 98, 2015.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017.
- CARTEI, G.F., “Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise”, *Urbanistica e appalti*, vol. 20, nº8 y 9, 2016.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad Complutense de Madrid, 2016.
- COYLE, C., “Nueva directiva sobre adjudicación de concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?”, Blog jurídico *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-

sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad, (consultado el 1 de diciembre de 2017)

CHAPMAN, C y WARD, S., *Project Risk Management. Processes, Techniques and Insights*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1997.

CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1957.

CHAVAS, J.P., *Risk Analysis in Theory and Practice*, Academic Press, Londres, 2004.

DE AHUMADA RAMOS, F.J., “La responsabilidad patrimonial de la Administración (génesis y evolución histórica hasta la Constitución española de 1978)” en: SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, volumen II, Thomson Civitas, Navarra, 6ª ed., 2008.

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, París, 1930.

EISENHARDT, K.M., “Agency Theory: an assesment and review”, *Academy of Management Review*, vol. 14, núm. 1, 1989.

ENGEL, E., FISCHER, R.D., GALETOVIC, A., “Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Hightways Franchising”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, nº 5, 2001.

ENGEL, E., FISCHER, R.D., GALETOVIC, A., “Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Hightways Franchising”, *National Bureau of Economic Research (NBER)*, Working paper nº 6689, agosto 1998. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/24104211_Least-Present-Value-of-Revenue_Auctions_and_Highway_Franchising (Consultado el 19 de julio de 2018).

ESCRIHUELA MORALES, F.J., *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007.

ESPERT SANZ, V., *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.

ESTACHE, A. y RUS, G., “Regulación de servicios e infraestructuras de transporte: Conceptos básicos”, en: ESTACHE, A. y RUS, G. (Eds.), *Privatization an Regulation of Transport Infrastructure: Guidelines for Policymakers and Regulators*, World Bank, Whashington, 2000.

- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional”, en: *Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero e a taxa interna de retorno. A lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*, Forum editora, Brasil, 2016.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, nº 18, 2003.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño”, en: ORTIZ BLASCO, J. Y MAHILLO GARCÍA, P. (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de derecho administrativo II*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 3ª ed., 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 150, 1999.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2017, XXXIII.
- FONT I LLOVET, T., “Organización y gestión de servicios de salud: El impacto del derecho de la Unión Europea”, en: PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Dir.), libro colectivo *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016,
- FUERTES LÓPEZ, M., “Discriminación territorial y una coda”, *El blog de esPublico*, 2015. Disponible en: <http://www.administracionpublica.com/discriminacion-territorial-y-una-coda/> (Consultado el 19 marzo 2018).
- FUERTES LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- FUERTES LÓPEZ, M., *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de riesgo y ventura*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, 2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, en: GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial (2015), Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F., “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, *Economía Industrial*, nº 398, 2015.
- GANUZA FERNÁNDEZ, J.J., “El proyecto Castor y el Premio Nobel de Economía”, Blog de economía *Nada es Gratis*, 2014. Disponible en: <http://nadaesgratis.es/j-j-ganuza/el-proyecto-castor-y-el-premio-nobel-de-econom%C3%Ada> (Acceso el 14 de enero de 2019).
- GANUZA FERNÁNDEZ, J.J., y GÓMEZ POMAR, F., “El derecho y los dispendios”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº2, 2016. Accesible: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/314358/404472> (consultado el 20 de noviembre de 2018)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1954.
- GARCÍA ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 41, 1963.
- GARCÍA ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, nº 2, 1950.
- GARCÍA RUBIO, F., “Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº4, 2017.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., “Aspectos de la Administración económica”, *Revista de la Administración Pública*, nº12, 1953.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARRIDO FALLA, F., “El concepto de servicio público en Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994.

- GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 29, 1981.
- GARRIDO FALLA, F., “La crisis de la noción de servicio público”, en su libro: *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962.
- GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 7, 1952.
- GIMENO FELIU, J.M., “Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: La consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GIMENO FELIU, J.M., “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en: *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013.
- GIMENO FELIU, J.M., “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en: GIMENO FELIU (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- GIMENO FELIU, J.M., “La remunicipalización de servicios públicos: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de derecho local*, nº 43, 2017.
- GIMENO FELIU, J.M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del Sector Público, 2 mayo 2016, *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: www.obcp.es
- GIMENO FELIU, J.M., “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014.
- GLAISTER S., “Past Abuses and Future Uses of Private Finance and Public Private Partnerships in Transport”, *Public Money & Management*, 19, 1999.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la ‘rebus sic stantibus’ a la alteración extraordinaria de circunstancias”, en: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Navarra, 2014.
- GORBANEFF, Y., “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”, *Revista Universidad AEFIT*, núm. 129, enero-febrero-marzo 2003.
- HART, O. & HOLMSTRÖM, B., *Theory of Contracts*, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Working paper Department of Economics, núm. 418, 1986.
- HART, O., “Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships”, *The Economic Journal*, vol. 113, nº 486, 2003.
- HART, O.D. & GROSSMAN, S.J., “An analysis of the Principal-Agent Problem”, *Econometrika*, The Econometric Society, vol. 51, núm. 1, 1983.
- HAURIOU, M., “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIII, nº 148, 1926.
- HAURIOU, M., *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey, París, 1943.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea”, en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo III, Madrid, 2016.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicio público”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, nº 60, abril 2016.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018.
- HOLMSTRÖM, B. & MILGROM, P., “Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design”, *Journal of Law, Economics, &*

- Organization*, Special Issue: Papers from the Conference on the New Science of Organization, Oxford University Press, vol. 7, January 1991.
- HOLMSTRÖM, B., “Moral Hazard and Observability”, *The Bell Journal of Economics*, The Rand Corporation, vol. 10, núm. 1, 1979.
- HORCAJUELO RIVERA, V., “El elemento de transmisión de riesgo en los contratos de concesión de gestión de servicio público”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de derecho administrativo 2016*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2016.
- HOVY, P., “Risk allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing Value for Money”, discussion paper, International Institute for Sustainable Development, 2015. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-money-discussion-paper.pdf> (Consultado el 4 de diciembre de 2018)
- HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 4, INAP, 2017.
- HUERGO LORA, A., “Skin un the game: Riesgo operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018.
- HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G.E., THOBANY, M., *Dealing with public risk in private infrastructure*, World Bank Latin American and Caribbean Studies, 1997.
- JENSEN, M.C. & MECKLING, W.H., “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, 1976.
- JÈZE, G., *Principios generales del derecho administrativo (Teoría general de los contratos administrativos)*, tomos II y V, Depalma, Buenos Aires, 1950.
- KESER, C. & WILLINGER, M., “Theories behaviour in principal-agent relationships with hidden action”, *European Economic Review*, núm. 51, 2007.
- LAFFONT, J.J. & MARTIMORT, D., *The Theory of Incentives. The Principal-Agent model*, Princeton University Press, 2002.

- LAGUNA DE PAZ, J.C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de administración pública*, nº 204, 2017.
- LAMBERT, R.A., “Contracting Theory and Accounting”, *JAЕ Rochester Conference*, 2000.
- LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción de Fernández Rodríguez, C., Comares, Granada, 2002.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., “El contrato de gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, nº 274-275, 2006.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., “El nuevo régimen de la denominada ‘responsabilidad patrimonial de la Administración’ (RPA) en los contratos de concesión”, en: GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (Dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2017.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., “Régimen jurídico de la concesión de obras”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., Conferencia “La nueva regulación de la llamada RPA en los contratos de concesión”, curso monográfico: La nueva Ley de contratos del Sector Público, Escuela Gallega de Administración Pública. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=k0cnaTiRyKM>
- LAZO VITORIA, X., “El Contrato de concesión de servicios”, en: GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista Ceflegal*, nº 154, 2013.
- LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en: GIMENO FELIU (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- LAZO VITORIA, X., “La figura del ‘concierto social’ tras las Directivas Europeas de Contratación Pública”, artículo de opinión web del Observatorio de Contratación Pública. Disponible: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relicategor>

ia.121/reلمenu.3/chk.917a32cec2c1397b241ba99362ea0759 (consultado el 4 de agosto de 2018).

LAZO VITORIA, X., “La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales”, artículo de opinión web Observatorio de Contratación Pública. Disponible:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.214/reلمcategoría.208/reلمenu.3/chk.37351ec9ddc005b73e5a5a5086265e28>. (consultado el 7 de septiembre de 2018).

LÓPEZ CORRAL, A. M., SÁNCHEZ SOLIÑO, A. y CARPINTERO LÓPEZ, S., “Las concesiones de infraestructuras y equipamientos públicos en España”, *Boletín económico de ICE*, nº 2890, octubre de 2006.

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1976.

LÓPEZ MORA, M. E., *Los contratos de concesión a la luz de la directiva 2014/23/UE del parlamento y del consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 243, 1989.

MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 194, mayo-agosto 2014.

MAGIDE HERRERO, M., “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2017. Disponible:<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5449/documento/art03.pdf> (Consultado el 23 de marzo de 2018)

MANENT ALONSO, L. y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S., “Tipología de contratos (III): Los contratos para la gestión de servicios públicos”, en: MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (Dirs.), *La Ley de Contratos del Sector Público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- MANENT ALONSO, L., “Artículo 15. Contrato de concesión de servicios”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2018.
- MANENT ALONSO, L., “Tipología de contratos (II): Los contratos de concesión de obras y servicios”, en: MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (Dirs.), *La Ley de Contratos del Sector Público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍN REBOLLO, L., “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983.
- MARTÍNEZ CALVO, J., “El contrato de concesión de obra pública: novedades de su régimen jurídico”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 206, 2018.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *Revista de administración pública*, nº 202, 2017.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “El contrato de gestión o explotación de plaza de toros. Reflexiones sobre su naturaleza”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 8, 1996.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017: algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local”, en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 40, 2015.
- MEDINA ALCOZ, L., “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I) (II) (III)”, en: CANO CAMPOS, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, vol. 4, 2009.
- MEILÁN GIL, J.L., “El servicio público como categoría”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 2, 1997.

- MELLADO RUIZ, L., “Aproximación a la influencia del derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos”, en: BAÑO LEÓN, JM. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tomo III, Madrid, 2016.
- MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español” en: GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial (2015), Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- MILLER G.J. & WHITFORD, A.B., “Trust and incentives in principal-agent negotiations: The ‘insurance/incentive trade-off’”, *Journal of Theoretical Politics*, vol. 14, issue 2, 2002.
- MITNICK, B.M., “Fiduciary Rationality and Public Policy: The Theory of Agency and Some Consequences”, Annual meeting of the American Political Science Association, Nueva Orleans, 1973.
- MITNICK, B.M., “The theory of agency: The policing ‘paradox’ and regulatory behaviour”, *Public Choice Journal*, vol. 24, núm. 1, 1975.
- MITNICK, B.M., *Origin of the Theory of Agency: An Account by One of the Theory’s Originators*, 2006. Disponible en: <http://www.pitt.edu/~mitnick/agencytheory/agencytheoryoriginrev11806r.htm> (Consultado el 7 de marzo de 2017)
- MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I., “Cuestiones sobre la RPA”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Coord.) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2015.
- MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1979.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, tomo I, Civitas, Madrid, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, tomo XIV, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, ProQuest Ebook Central (acceso electrónico).

- NOGUERA DE LA MUELA, B., "Service concessions in Spain", en: LAZO VITORIA, X. (Ed.) y PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. (Coord.), *Service concessions in the EU: a comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- ORTEGA BERNARDO, J., "Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal", *Anuario de Derecho Municipal 2016*, nº 10, Marcial Pons, 2017.
- LOUDOT, J.M., "Risk-allocation: theoretical and empirical evidences, application to public-private partnerships in the defense sector.", *The 9th annual conference of the institutions of market exchange*, Barcelona, 2005.
- PERDIGÓ SOLÁ, J., "Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de concesiones", en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de contratos públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- PEZ, T., "Le risque, les concessions et les marchés", *RFDA (Revue Française de Droit Administratif)*, nº 2, 2016.
- PFLUEGER TEJERO, E., "Aspectos más destacados de las nuevas directivas sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE del parlamento europeo y del consejo", *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21, enero-junio 2014.
- PINTOS SANTIAGO, J., "Las diferencias entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios", en: MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*, Wolters Kluwer, 2018.
- PUERTA SEGUIDO, F., "El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público", en: GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012.
- REBOLLO PUIG, M., "Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho Administrativo", *Cuadernos de derecho local*, nº 12, 2016.
- REBOLLO PUIG, M., *Enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- RICCHI, M., “I contratti di concessione 2”, en: CARTEI, G.F. y RICCHI, M., (dirs.), *Finanza de Progetto: e Partenariato Pubblico Privato 2015- Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2015.
- RICCHI, M., “La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici”, *Urbanistica e appalti*, vol. 18, nº7, 2014.
- ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *REDA*, nº182, 2017.
- ROSS, S.A., “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *The American Economic Review*, Papers and proceedings of the eight-fifth anual meeting of the American Economic Association, vol. 63, núm. 2, 1973
- RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- SALAS HERNÁNDEZ, J., *Régimen jurídico-administrativo de la energía electrica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1977.
- SALVADOR CODERECH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4/2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf (consultado el 18 de enero de 2019).
- SANAHUJA ESBRÍ, M. y MORENO AYZA, O.J., “El riesgo operacional en la contratación pública”, blog jurídico *Fiscalización local*. Disponible en: <http://www.fiscalizacionlocal.es/concepto-de-riesgo-operacional-en-la-contratacionpublica/>, (consultado el 29 de noviembre de 2017)
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2013.
- SANTAMARIA PASTOR, J., VÁZQUEZ COBOS, C., PALMA FERNÁNDEZ, J.L. y CUESTA DE LOÑO, P., “La nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus* y su eventual aplicación a la contratación pública”, Grupo de contratos del sector publico nº 62, Gómez Acebo y Pombo. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-nueva-configuracion-de-la-doctrina-rebus-sic-stantibus-y-su-eventual-aplicacion-a-la-contratacion-publica-gesp-n-62.pdf> (Consultado

el 9 de enero de 2017)

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de derecho administrativo I*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2009.

SANTI, G., “Il partenariato contrattuale - Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del dl 90 del 2014”, en: MASTRAGOSTINO, F. (Dir.), *Diritto dei contratti pubblici*, G. Giappiachelli editore, Torino, 2014.

SANZ PÉREZ, D. y REVERTER BAQUER, M., “La directiva de concesiones: especial atención al riesgo operacional y su aplicación práctica en nuestro ordenamiento (1)”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2016*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2016.

SCALERA, D., “Il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni”, Revista electrónica *Amministrazione in Cammino*, 2015.

SHAVELL, S., “Risk sharing and incentives in the Principal and Agent Relationship”, *The Bell Journal of Economics*, Rand Corporation, Vol. 10, núm. 1, 1979.

SILVÁN OCHOA, P., “Liquidación de contratos de concesión de autopistas de peaje y responsabilidad patrimonial de la administración concedente”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario 2015*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.

SMITH, A., *The wealth of nations*, Londres, 1776.

TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016.

TORNOS MAS, J., “El contrato de concesión de servicios”, en: GIMENO FELIU, J.M., (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., “El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014”, en: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo 2017. Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2017.

- TRUJILLO DEL VALLE, J.A., “Financiación e infraestructuras. Los riesgos y su mitigación”, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2004.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: Punto de partida y plantemientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en: PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., (*Dirs.*), en el libro colectivo *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.
- VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/21/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA*, nº2, 2014.
- VILLAR EZCURRA, J.L. y MARFÁ BADAROUX, J., "Artículo 103. Revisión de precios", en: ARIÑO ORTIZ, G. (*Dir.*), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Comares, Granada, 2005.
- VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., "Artículo 98. Principio de riesgo y ventura", en: ARIÑO ORTIZ, G. (*Dir.*), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Comares, Granada, 2005.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “Concesiones administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, 1952.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de derecho administrativo*, tomo II, UNED, Madrid, 1974.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *Derecho administrativo*, tomo I, Universidad Complutense de Madrid, 1968.
- VILLAR PALASÍ, L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº3, 1950.
- VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de colaboración público-privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 172, 2007.

VILLAR ROJAS, F.J., “La privatización de la gestión de los servicios sanitario públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, *Derecho y Salud*, vol. 17 extraordinario por el XVII Congreso “Derecho y Salud” celebrado en Pamplona en noviembre de 2008.

VILLAR ROJAS, F.J., “La resiliencia del contrato de gestión de servicios públicos frente a las normas europeas de contratación pública”, en: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (*Dir.*), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016.

WEITZMAN, M.L., “Efficient Incentive Contracts”, *The Quarterly Journal of Economics*, John Wiley & Sons, junio 1980.

WISEMAN, R.M. y GÓMEZ-MEJÍA, L.R., “A behavioral agency model of managerial risk taking”, *Academy of Management Review*, vol. 23, núm. 1, 1998.

DOCTRINA Y RESOLUCIONES DE ÓRGANOS CONSULTIVOS Y TRIBUNALES DE RECURSOS

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, de 30 de mayo de 2012, Informe 2/2012, de 30 de mayo.

Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 del Consejo de Estado.

Dictamen 1475/2002, de 18 de julio del Consejo de Estado.

Dictamen 1496/2009, de 8 de octubre del Consejo de Estado.

Dictamen 1508/1993 del Consejo de Estado.

Dictamen 1629/1991, del Consejo de Estado.

Dictamen 292/2009 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña.

Dictamen 31/1992, de 13 de febrero del Consejo de Estado.

Dictamen 560/1997, de 24 de abril del Consejo de Estado.

Dictamen 632/1994 del Consejo de Estado.

Dictamen 684/2013 del Consejo de Estado.

Dictamen 79/1993 del Consejo de Estado.

Dictamen 8/2003, de 13 de marzo del Consejo de Estado.

Dictamen de 11 de diciembre de 1969 del Consejo de Estado.

Dictamen de 18 de abril de 1952 del Consejo de Estado.

Dictamen de 3 de noviembre de 1948 del Consejo de Estado.

Informe 10/2007, de 26 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 12/2006, de 24 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 12/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 13/2015, de 30 de septiembre, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Informe 2/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 2/2012, de 30 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares.

Informe 2/2014, de de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Informe 22/09, de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 24/2013, de 25 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Informe 26/2007, de 5 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 37/1995, de 24 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 4/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 4/2011, de 22 de noviembre de la Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana.

Informe 4/2012, de 9 de mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa Valenciana.

Informe 42/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 47/98, de 17 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 52/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 65/2008, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 7/06, de 24 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 7/2003, de 22 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 80/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 9/2015, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informes 4/2008, de 28 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Resolución 105/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Resolución 110/2017, de 25 de mayo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía.

Resolución 117/2017, de 21 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Resolución 127/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Resolución 146/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 221/2015, de 23 de diciembre del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Resolución 230/2011, de 7 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 230/2011, de 7 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 258/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 336/2016 de 29 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 336/2016, de 29 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 411/2017, de 5 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 411/2017, de 5 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 457/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Resolución 49/2017, de 15 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Resolución 515/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 58/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 58/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 602/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 634/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 634/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 645/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Resolución 97/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

INFORMES Y DOCUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Comunicación a los miembros 4/2012, “Nota para el dossier: La jurisprudencia de la Corte en materia de concesiones”, de 19 de marzo, de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor.

Comunicación de la Comisión “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, COM(2010) 2020 final.

Comunicación de la Comisión “Un mercado único para la Europa del Siglo veintiuno. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo”, de 20 de noviembre de 2007, COM(2007) 725 final.

Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en derecho comunitario, de 29 de abril de 2000, COM(2000) 121.

Comunicación interpretativa relativa la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada, de 5 de febrero de 2008, COM(2007) 6661.

Comunicación relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y al cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada, de 19 de noviembre de 2009, COM(2009) 615 final.

Dictamen del Comité de las Regiones (2012/C 277/09) sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión COM(2011) 897 final.

Documento n. 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, punto 10, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de este último, de la misma fecha, sobre la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Enmiendas 001-281 del Comité de Mercado Interior y Protección de Consumidores, del 9 de enero de 2014. (A7/2013/30)

Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva de concesiones, de 1 de febrero de 2013.

OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS

Alegaciones al “Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación”, presentadas por el Observatorio de Contratación Pública. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_OBCP-Alegaciones-Proyecto-Orden-ONE_108f1081%232E%23pdf/chk.120d56b95f23c3cd8ddc2c43df105a1d (Acceso el 29 de diciembre de 2018).

Compendio de la Teoría de Contratos de Oliver Hart y Bengt Holmström realizado por la Real Academia de las Ciencias de Suecia con motivo del otorgamiento del premio nobel en ciencias económicas a sus autores, octubre de 2016. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2016-1.pdf> (acceso el 14 de noviembre de 2018)

Conferencia BAÑO LEÓN, J.M., “Nueva LCSP. Régimen de modificación de los contratos”, min. 29:03. Disponible: <https://www.youtube.com/watch?v=7okeax-Ji4>, (consultado el 25 de septiembre de 2018)

Conferencia LAVILLA RUBIRA, J.J., “La nueva regulación de la llamada RPA en los contratos de concesión”, curso monográfico: La nueva Ley de contratos del Sector Público, Escuela Gallega de Administración Pública. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=k0cnaTiRyKM>

Informe sobre Modelos de Cooperación Público-Privada para la Financiación de Infraestructuras Públicas. Tratamiento en Términos de Contabilidad Pública (SEC95) y Viabilidad Jurídica, URÍA & MENENDEZ y PRICE-WATERHOUSE-COOPERS.

Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010, Eurostat 2016.

PFI: strengthening long-term partnerships, HM Treasury, marzo de 2006.

Plan extraordinario de infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010 y Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras del Ministerio de Fomento de julio de 2017.

Propuesta de modificaciones y mejora del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016).

RESUMEN

Título.- La distribución de riesgos en la concesión de servicios. Crítica del riesgo operacional.

Introducción. El último paquete de directivas en materia de contratación pública de 2014 trajo consigo la armonización del contrato de concesión por primera vez en el Derecho comunitario con la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Si bien la concesión de obras ya se encontraba regulada por la Directiva 18/2004/CE, ésta es la primera ocasión en que se aborda el negocio concesional en su conjunto (tanto para concesiones de obras como de servicios) y de forma independiente (esto es, en una Directiva diferente a aquella en la que se regulan el resto de contratos públicos). Con la transposición de la Directiva a nuestro derecho mediante la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, se incorpora a nuestro ordenamiento un concepto relativamente nuevo como es el ‘riesgo operacional’ que inexorablemente se vincula al contrato de concesión, convirtiéndolo en un criterio diferenciador clave entre las concesiones y el resto de contratos.

Objetivos. El principal objetivo de la tesis es la realización de un estudio integral de la cuestión del riesgo en las concesiones de servicios mediante el análisis del problema de la distribución del riesgo en este tipo de contratos de un modo que permita al lector conocer el asunto desde todas sus aristas –la económica, la jurídica y la práctica–.

Más concretamente, la presente tesis doctoral busca comprender el sentido actual de la concesión de servicios en el ámbito europeo para valorar si sigue coincidiendo con el concepto clásico de concesión que nuestra doctrina, jurisprudencia y normativa han mantenido a lo largo de los años o si, por el contrario, puede afirmarse que el concepto de concesión ha cambiado.

Del mismo modo, se pretende valorar si tiene sentido transferir dicho riesgo desde el punto de vista de la eficiencia del contrato, para lo cual resultará necesario conocer previamente cómo funciona económicamente el riesgo en la colaboraciones público-privadas.

Por último, se debe determinar cuál es exactamente el contenido del riesgo operacional, así como qué relación guarda con el tradicional riesgo atribuido a las concesiones en

nuestra legislación, qué cambios normativos ha propiciado y qué consecuencias puede tener en la práctica.

Resultados. De manera resumida puede decirse que del estudio realizado se desprende lo siguiente:

Que la nueva configuración de la concesión de servicios en nuestra Ley de Contratos del Sector Público de 2017 constituye, en efecto, un concepto de concesión diferente al clásico y que el riesgo operacional ha propiciado una reformulación significativa de nuestra tradicional tipología de contratos con la desaparición de algunas figuras clásicas como el contrato de gestión de servicios públicos y la aparición de algunas novedades como el contrato de servicios dirigido a los ciudadanos.

Que la literatura económica más relevante relativa a la distribución de riesgos entre Administración y concesionario demuestra que el riesgo nunca debe transmitirse con el objetivo de desentenderse del mismo sino que debe hacerse solo en base a la capacidad de gestión que tengan las partes del mismo, de lo contrario, la transferencia acabará revirtiendo negativamente en la Administración y en los ciudadanos bien a través del precio, bien a través de la formalización de contratos inviables.

Que la incorporación del riesgo operacional a nuestro ordenamiento puede tener implicaciones de diversa relevancia ya que la transmisión del mismo tiene una indudable repercusión en la economía del contrato que condiciona el comportamiento del inversor, y por ende, también el de la Administración con respecto a sus cuentas públicas.

Conclusión. Confirmamos nuestra crítica al encumbramiento del riesgo operacional como elemento clave de las concesiones en la medida en que su incorporación a nuestro ordenamiento no solo resultaba absolutamente innecesaria para el cumplimiento de las exigencias de las Directivas sino que, además, no es inocua pues desmantela toda la dogmática consolidada en materia de contratos que ha venido sirviendo eficazmente durante años en la práctica y, además, puede dar lugar a grandes ineficiencias desde el punto de vista económico con la consecuente repercusión en las cuentas del Estado.

ABSTRACT

Title. Risk-sharing in services concessions. A critical view of operational risk.

Introduction. The last directive package in the field of public procurement of 2014 has brought about the harmonization of concession contracts for the first time in European Union Law through the Directive 23/2014/UE of the European Parliament and of the Council, of 26 february on the award of concession contracts. Although public works concessions were already regulated in the Directive 18/2004/CE, this is the first occasion in which this kind of contracts are tackled as a whole (for both public works and services concessions) and independently (regulated in a different directive to the rest of the contracts). The implementation of the Directive into national law has meant the introduction of a new concept of risk that is now compulsorily linked to concessions and that becomes the main distinguishing element between concessions and the rest of the contracts.

Objectives. The main objective is to undertake a complete and comprehensive study of risk-sharing in this kind of contracts in a way that permits the reader to understand the subject matter from all angles –economic, legal, and practical–.

More precisely, we are seeking to understand whether concessions in European Union Law mean the same as our traditional concessions, or if they refer to a different kind of agreements.

It will also be important to learn the economic functioning of risk in public-private partnerships in general in order to figure out if it is always advisable, from the point of view of efficiency, to transfer the risk to the concessionaire.

Finally, we will determine what the ‘operational risk’ exactly means, what the difference is between this risk and the one that has traditionally been assigned to concessions in our legal system, what legal changes it has brought, and what consequences can be derived from its introduction.

Results. In summary, the results that can be deduced from this project are the following:

The concession contract contemplated in our new Law on Public Sector Contracts 9/2017 does not correspond to the traditional meaning of concession contracts in our doctrine.

The introduction of the ‘operational risk’ has brought about a realignment of our contract types, making some of them disappear and creating new ones.

The most important economic doctrine regarding risk-sharing in this kind of contracts demonstrates that risk should never be transferred with the aim of escaping the costs of its assumption, but based on the parties’ capacity to manage it. Otherwise, the risk would always end up being to the detriment of the Administration and citizens by increasing the price of the contracts, or by making them unfeasible.

This operational risk transfer may have an important impact on the investors’ behaviour as well as on the public balance sheet of the Spanish Administration.

Conclusions. We confirm our criticism to the constitution of operational risk as the key element to distinguish concessions from the rest of the contracts to the extent that its implementation in our legal system is not only unnecessary to meet the Directive’s requirements, but it also disrupts the consolidated doctrine of our Public Procurement system and promotes the conclusion of inefficient contracts.